

MASTER'S THESIS

Schaarste in het omgevingsrecht

van 't Erve, E.G.T.

Award date:
2020

Awarding institution:
Department of Constitutional Law, Administrative Law and Legal Theory

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 05. May. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl





Schaarste in het omgevingsrecht

naam:	E.G.T. van 't Erve
studentnummer:	835358342
begeleider:	mr. J.A.D. de Graaf
examinator:	mr. dr. C.L.G.H. Albers
woonplaats:	Enschede
e-mailadres:	e.vt.erve@gmail.com
telefoonnummer:	06 120 98 249
aantal woorden:	14.349
Inleverdatum:	25 april 2020

Inhoudsopgave

1	Inleiding.....	3
1.1	Probleemstelling.....	4
1.2	Maatschappelijke relevantie van het uitgevoerde onderzoek.....	5
1.3	Inhoud en opzet van de scriptie.....	5
2	Schaarse publieke rechten	6
2.1	Een algemene omschrijving	6
2.3	Kenmerken van schaarse publieke rechten	6
2.3	Economische context	7
3	Schaarse publieke rechten; een nationaal en een Unierechtelijk perspectief	8
3.1	Verhouding van het nationale recht tot het Unierecht	8
3.2	Grondslagen en eisen voor de verdeling van schaarse publieke rechten in het Unierecht	9
3.2.1	Eisen samenhangend met de artikelen 49 en 56 VWEU	9
3.2.2	Eisen samenhangend met de Aanbestedingsrichtlijnen en de Dienstenrichtlijn 11	11
3.2.3	Model Rules on EU Administrative Procedure	14
3.3	Grondslagen en eisen voor de verdeling van schaarse publieke rechten in het nationale recht	14
3.3.1	Bestaan van een schaars publieke recht	15
3.3.2	Grondslag voor de verdeling van schaarse publieke rechten.....	15
3.3.3	Eisen aan de verdeling van schaarse publieke rechten	16
3.3.4.	Consequenties van het arrest Appingedam	18
4	Schaarste bij de vaststelling van ruimtelijke plannen	19
4.1	Schaarste en de Wet ruimtelijke ordening	19
4.1.1	Ruimtelijke plannen uit de Wet ruimtelijke ordening	19
4.1.2	Beoordelingskader bestuursrechter	21
4.1.3	Schaarste bij de vaststelling van ruimtelijke plannen	22
4.2	Schaarste onder de Omgevingswet.....	24
4.2.1	Nieuwe regels voor de fysieke leefomgeving	25
4.2.2	Verdeling bij schaarste	25
5.	Conclusies en aanbevelingen.....	27
5.1	Grondslagen voor en eisen aan de verdeling van schaarse publieke rechten.....	27
5.2	Schaarste bij de vaststelling van ruimtelijke plannen	29
5.3	Consequenties voor het omgevingsrecht.....	30
5.4	Aanbevelingen	31

1 Inleiding

Op 26 november 2018 kopte het AD 'Kooplui vrezen voor voortbestaan van de Apeldoornse markt'.¹ In het artikel wordt gereflecteerd op het voornemen van het gemeentebestuur om de spelregels voor de afgifte van standplaatsvergunningen te veranderen. Tot voor kort verleende de gemeente die vergunningen weliswaar voor bepaalde tijd, maar kreeg de vergunninghouder na afloop van de vergunde periode desgewenst een nieuwe vergunning. In de nieuwe situatie moeten alle potentiële aanvragers een kans krijgen op die vergunning. Dat dit tot onrust en weerstand bij bestaande vergunninghouders leidde, verwondert niet. Een standplaatsvergunning biedt perspectief op inkomsten en daarmee mogelijkheden om te investeren en zicht op bijvoorbeeld een hypotheek.

De ommekeer in Apeldoorn is terug te voeren op de hierna te bespreken uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling bestuursrechtspraak).² Ook elders in het land veroorzaakte deze uitspraak onrust onder markhandelaren. Een lobby van de Centrale Vereniging voor de Ambulante Handel leidde zelfs tot een motie van de kamerleden Stoffer en Wörtsdörfer, waarin de regering wordt opgeroepen om met de Vereniging Nederlandse Gemeenten overleg te voeren over een aanpak voor deze problematiek.³

De uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* heeft betrekking op het vraagstuk van de verdeling van schaarse vergunningen. Een vergunning is schaars wanneer het potentiële aantal gegadigden het beschikbare aantal vergunningen overstijgt. Dit soort schaarste manifesteert zich niet alleen bij standplaatsen, maar kan ook aan de orde zijn bij bijvoorbeeld parkeervergunningen, frequentievergunningen en vergunningen voor seks- en horeca-inrichtingen.

De hiervoor genoemde uitspraak en –in het verlengde daarvan– de uitspraak *Windpark Zeewolde*⁴ hebben een belangrijke bijdrage geleverd aan het leerstuk van de schaarse publieke rechten. Dat neemt niet weg dat er ook belangrijke rechtsvragen onbeantwoord zijn gebleven. Zo is nog steeds onduidelijk waaruit de consequenties voor het omgevingsrecht bestaan.

In de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* stelt de Afdeling bestuursrechtspraak vast dat het gelijkheidsbeginsel strekt tot het bieden van gelijke kansen. Bij de verdeling van schaarse vergunningen vergt dit van het bestuur dat zij aan potentiële gegadigden ruimte moet bieden om mee te dingen naar de beschikbare vergunningen. Uit deze rechtsnorm leidt de Afdeling bestuursrechtspraak het bestaan van twee andere normen af. Via een daarvoor geschikt medium moet er -voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure- informatie worden gegeven over de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria, zodat er voor alle gegadigden gelijke kansen ontstaan. Bovendien mag de vergunning in beginsel niet voor onbepaalde tijd worden verleend, omdat toetreding tot de markt voor nieuwkomers dan zo goed als onmogelijk is.

In 2018 werd het onderwerp schaarse publieke rechten opnieuw bij de Afdeling bestuursrechtspraak onder de aandacht gebracht. In een zaak die draaide om een rijksinpassingsplan dat voorzag in de bouw van 91 windturbines, was de rechtsvraag aan de orde of planologische besluiten en omgevingsvergunningen ter uitvoering van die besluiten, kunnen worden aangemerkt als besluiten waarbij schaarse rechten worden verdeeld. En zo ja, wat daarvan dan de consequentie is. Bij de behandeling van deze zaak, die bekend is geworden onder de naam *Windpark Zeewolde*, werd staatsraad Advocaat-Generaal mr. R.J.G.M. Widdershoven (hierna: A-G Widdershoven) ingeschakeld.

¹ Koops & Heins, AD 26 november 2018.

² ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

³ *Kamerstukken II* 2018/19, 32 637, nr. 338.

⁴ ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (*Windpark Zeewolde*).

In zijn conclusie stelt A-G Widdershoven dat een bestemmingsplan, een provinciaal- of rijksinpassingsplan en een provinciale ruimtelijke verordening geen besluiten zijn die schaarse rechten toebedelen. Dat zou ook gelden voor omgevingsvergunningen, omdat deze alleen kunnen worden aangevraagd door degene die over de grond kan beschikken. Daardoor kunnen er voor een vergunning in beginsel niet méér gegadigden dan vergunningen zijn.⁵

In haar uitspraak van 19 december 2018 stelt de Afdeling bestuursrechtspraak vast dat het rijksinpassingsplan niet eist dat het project door één initiatiefnemer wordt uitgevoerd. Aan die constatering verbindt ze de conclusie dat het rijksinpassingsplan *in dit geval* (cursivering toegevoegd) geen schaarste zoals bedoeld in de beroepsgronden creëert en dat dus bij de omgevingsvergunning geen schaarse rechten zijn toegedeeld.⁶

De Afdeling bestuursrechtspraak verwerpt vervolgens het beroep tegen de vaststelling van het rijksinpassingsplan en de daarmee gecoördineerde besluiten. Hiermee de weg vrij makend voor de bouw van 91 moderne en de sloop van 221 bestaande windturbines. Belangrijke rechtsvragen bleven echter onbeantwoord, omdat de Afdeling bestuursrechtspraak niet is ingegaan op de algemene bevindingen van A-G Widdershoven. Wat evenmin aan de rechtsontwikkeling heeft bijgedragen, dat is dat de belangrijkste bevindingen van de Advocaat-Generaal in deze uitspraak weliswaar worden aangehaald, maar de Afdeling bestuursrechtspraak nalaat daar eigen conclusies aan te verbinden.⁷

1.1 Probleemstelling

In deze scriptie stel ik mij ten doel de in de zaak Windpark Zeewolde onbeantwoord gebleven rechtsvragen alsnog van een antwoord te voorzien. Dit leidt tot de volgende probleemstelling:

Kan de vaststelling van een ruimtelijk plan onder omstandigheden als besluit worden aangemerkt waarbij schaarse publieke rechten worden toegedeeld en, zo ja, wat is daarvan dan de betekenis?

De Wet ruimtelijke ordening kent het bestemmingsplan, de uitwerking en wijziging van het bestemmingsplan en de inpassingsplannen van Rijk en provincie als planfiguren met eenieder verbindende voorschriften. Binnen afzienbare tijd vervangt de Omgevingswet de Wet ruimtelijke ordening. Onder de Omgevingswet neemt het omgevingsplan de rol van het bestemmingsplan over. De uitwerking en wijziging van het bestemmingsplan, als ook het inpassingsplan keren als planfiguren niet terug.

Onder het in de probleemstelling gebruikte begrip 'ruimtelijk plan' versta ik de hiervoor genoemde planfiguren uit de Wet ruimtelijke ordening en de Omgevingswet.

Uit de hiervoor weergegeven hoofdvraag heb ik de volgende deelvragen afgeleid:

1. Wat zijn schaarse publieke rechten?
2. Op welke rechtsnormen is het leerstuk van de schaarse publieke rechten gebaseerd?
3. Welke eisen stelt het recht aan regelingen die voorzien in een verdeling van schaarse publieke rechten?
4. Kan de vaststelling van een ruimtelijk plan leiden tot de verdeling van een schaars publiek recht, en zo ja, welke eisen verbindt het recht daar dan aan?

⁵ Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, AB 2019/111, m.nt. C.J. Wolswinkel.

⁶ ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (Windpark Zeewolde).

⁷ C.J. Wolswinkel, annotatie bij ABRvS 2 november 2016, ECLI:2016:2927, AB 2016/426.

1.2 Maatschappelijke relevantie van het uitgevoerde onderzoek

Uit artikel 3.1 van de Wet ruimtelijke ordening vloeit voort dat de gemeenteraad ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening de bestemming van gronden aanwijst. Blijkens de memorie van toelichting gaat het daarbij om het bevorderen van een duurzame ruimtelijke kwaliteit in een dynamische samenleving.⁸ Bij de vaststelling van bestemmingsplannen beschikt de raad over beleidsruimte en dient zij relevante belangen af te wegen.⁹ De aanwezigheid van beleidsvrijheid veronderstelt de mogelijkheid om een bevoegdheid niet aan te wenden, ook als aan de voorwaarden voor aanwending van de bevoegdheid is voldaan.¹⁰

Door via de vaststelling van een ruimtelijk plan -als een bestemmingsplan- op één of enkele plaatsen een gebruik toe te staan, dat elders wordt verboden kan schaarste ontstaan.

Sinds 2 november 2016, de dag waarop de Afdeling bestuursrechtspraak uitspraak deed in de zaak Speelautomatenhal Vlaardingen, is duidelijk dat bij de verdeling van schaarse vergunningen reële mededingingsruimte moet worden geboden en moet worden voorzien in een passende mate van openbaarheid. Tot op de dag van vandaag is onduidelijk of het leerstuk van de schaarse vergunning ook eisen stelt aan de verdeling van een schaars recht dat ontstaat bij de vaststelling van ruimtelijke plannen.

Dit vraagstuk speelt onder meer in de situatie dat:

- het gemeentebestuur het aantal locaties met een bepaalde bestemming vanuit beleidsmatige overwegingen aan een plafond verbindt;
- de vraag naar locaties met een bepaalde bestemming groter is dan het aantal daarvoor aangewezen locaties;
- er vanuit een oogpunt van goede ruimtelijke ordening geen bezwaar bestaat tegen de aanwijzing van meer locaties.

Deze problematiek kan zich bijvoorbeeld manifesteren bij de opname van bestemmingen voor coffeeshops, growshops, prostitutie-inrichtingen, gokhallen, of windturbines.

1.3 Inhoud en opzet van de scriptie

In deze scriptie ga ik in op de vraag of de vaststelling van een ruimtelijk plan onder omstandigheden als besluit kan worden aangemerkt waarbij schaarse publieke rechten worden toegedeeld en, zo ja, wat daarvan dan de consequentie is. Tegen die achtergrond zoom ik in hoofdstuk 2 nader in op het begrip schaars publiek recht. Daarbij beschrijf ik verschillende categorieën schaarse publieke rechten, benoem ik de specifieke kenmerken en ga ik in op de economische context. Aansluitend komen in hoofdstuk 3 de juridische grondslagen voor en de eisen aan bod die het recht stelt aan de verdeling van een schaars publiek recht. Daarbij maak ik onderscheid tussen het nationale recht en het recht van de Europese Unie. In hoofdstuk 4 kom ik tot de kern. Daar ga ik in op de vraag of de vaststelling van een ruimtelijk plan kan leiden tot de verdeling van schaarse publieke rechten en hoe daarbij met het leerstuk van de schaarse publieke rechten kan worden omgegaan. In het laatste hoofdstuk presenteer ik mijn conclusies en aanbevelingen.

⁸ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr.3, p. 9.

⁹ ABRvS 8 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:117, *BR* 2017/54, m.nt. M.A.J. West en J.R.E. Stolk.

¹⁰ L.J.A. Damen, annotatie bij ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3938, *AB* 2012/289.

2 *Schaarse publieke rechten*

De inleiding bevat een beknopte omschrijving van het begrip publieke rechten. Dit hoofdstuk voorziet in een nadere typering van dit begrip. Daarbij wordt ingegaan op datgene wat een schaars publiek recht onderscheidt van een publiek recht dat niet schaars is.

2.1 Een algemene omschrijving

In de literatuur en de rechtspraak worden de begrippen schaarse vergunning en schaarse publieke rechten door elkaar gebruikt. Het begrip schaarse vergunning kan worden gezien als een species van het genus schaarse publieke rechten.¹¹ Van een publiek recht is sprake wanneer een bestuursorgaan op grond van een publiekrechtelijke bevoegdheid een (subjectief) recht aan een rechtssubject verleent.¹² Onder een publiekrechtelijke bevoegdheid wordt daarbij de bevoegdheid begrepen om eenzijdig een publiekrechtelijke rechtshandeling tot stand te brengen.¹³ En bij een subjectief recht kan zowel aan een toestemming (zoals bijvoorbeeld een vergunning, ontheffing of concessie) als aan een aanspraak (zoals een subsidie) worden gedacht.¹⁴

En een dergelijk recht is schaars, als de som van het aantal aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten kan overtreffen.¹⁵ Van een schaars publiek recht is altijd sprake, als er een vergunningenplafond wordt vastgesteld.¹⁶ En onder een plafond wordt de situatie verstaan waarbij het aantal rechten dat gedurende een bepaalde periode kan worden verstrekt door een regeling of besluit wordt begrensd. Dit maximum kan verband houden met de beschikbaarheid van natuurlijke hulpbronnen, met de bruikbaarheid van technische mogelijkheden of met een bestuurlijke wens.¹⁷

In de rechtsgeleerde literatuur worden drie categorieën van schaarse publieke rechten onderscheiden, namelijk 1) vergunningen in ruime zin, 2) verhandelbare rechten en 3) financiële aanspraken.¹⁸ Tot die eerste categorie worden allerlei overheidstoestemmingen gerekend, zoals concessies, vergunningen, ontheffingen en vrijstellingen. Hierbij kan gedacht worden aan parkeervergunningen, frequentievergunningen, kansspelvergunningen, concessies voor de winning van zout en vergunningen voor seks- en horeca-inrichtingen. De tweede categorie onderscheidt zich van de eerste categorie, doordat de houder dit publieke recht kan overdragen aan een rechtsopvolger. Als voorbeelden kunnen worden genoemd emissierechten, quota en contingenten. De derde categorie ziet niet op de een of andere vorm van overheidstoestemming, maar op overheidsstimulering- of ondersteuning. Bijvoorbeeld in de vorm van een subsidie.

De genoemde voorbeelden verduidelijken dat een publiek recht schaars kan zijn, ondanks het feit dat er vele van te vergeven zijn. Het begrip schaarste weerspiegelt slechts de verhouding die er tussen vraag en aanbod (kan) bestaat(n).

2.3 Kenmerken van schaarse publieke rechten

Een schaars publiek recht onderscheidt zich op een aantal punten van 'gewone' (niet-schaarse) publiekrechtelijke toestemmingen en subsidies. In de vorige paragraaf werd al de beperkte beschikbaarheid genoemd. Het plafond en de daaruit voortvloeiende schaarste vereisen in beginsel de toepassing van een verdeelprocedure. Ook worden schaarse publieke rechten doorgaans voor een bepaalde tijd verleend. Vergunningverlening voor onbepaalde tijd leidt er namelijk toe dat de toetreding tot de markt onmogelijk wordt gemaakt. Tenslotte geldt voor veel schaarse publieke rechten een ingebruiknameverplichting. Zo komt het geregeld voor dat ontvangers van een subsidie

¹¹ Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, AB 2019/111, m.nt. C.J. Wolswinkel.

¹² Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2013, p. 17.

¹³ Schlössels & Zijlstra 2016, p. 96.

¹⁴ Wolswinkel 2013, p. 33.

¹⁵ Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2013, p. 19.

¹⁶ ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, Gst. 2020/18, m.nt. A. Drahmman.

¹⁷ Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, AB 2019/111, m.nt. C.J. Wolswinkel.

¹⁸ Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2013, p. 19.

contractueel worden verplicht om de activiteiten te verrichten waarvoor de subsidie is verleend en krijgt de houder van een openbaar vervoerconcessie tegelijkertijd het recht en de plicht om openbaar vervoer binnen het concessiegebied te verzorgen.¹⁹

Specifieke vraagstukken die samenhangen met het leerstuk van schaarse publieke rechten zien bijvoorbeeld op de vraag of er aan de vergunningverlening een maximum mag worden gesteld, hoe de overheid bekendheid moet geven aan de mogelijkheid tot het doen van een aanvraag en welke rechtsnormen van toepassing zijn op het verdeelproces.²⁰

2.3 Economische context

Het belang dat met de toekenning van een schaars publiek recht samenhangt kan groot zijn. Voor een individu kan het de weg vrij maken naar de opleiding van zijn keuze, of –meer praktisch- zicht geven op de eigen auto voor de deur. Voor bedrijven is de betekenis van een schaars publiek recht zo mogelijk van een nog groter belang. Zonder overheidstoestemming kan de gewenste activiteit niet worden uitgevoerd en kunnen daarmee geen inkomsten worden gegenereerd. Een schaars publiek recht kan daarom een hoge economische waarde vertegenwoordigen.²¹

Marktwerving is een middel om zo efficiënt mogelijk met schaarste om te gaan. Wanneer vragers en aanbieders hun eigen belang nastreven, wordt ook het algemeen belang maximaal gediend. Door het stellen van regels, door het heffen van belastingen of door het voeren van een prijsbeleid, kan de overheid op een markt ingrijpen. Ook via een vergunningstelsel of de toekenning van subsidies beïnvloedt de overheid de vrije marktwerving.²²

Concurrentie stimuleert de innovatie en zet marktpartijen dus tot efficiëntie aan. Dit vereist echter een situatie waarin alle marktpartijen gelijke kansen hebben. Daarvoor is het noodzakelijk dat wet- en regelgeving voor alle ondernemingen op dezelfde manier wordt toegepast. En die onderlinge gelijkheid mag bovendien niet worden verstoord. Eerlijke concurrentie komt niet van de grond wanneer ondernemers afspraken maken over de verdeling van de markt. Maar voor het ontstaan en de handhaving van een gelijk speelveld (level playing field) is ook van belang dat er voor alle ondernemers een mogelijkheid bestaat om mee te dingen naar publieke schaarse rechten.²³

¹⁹ Van Rijn van Alkemade 2016, p. 4 - 5.

²⁰ Wolswinkel 2013, p. 27.

²¹ Van Rijn van Alkemade 2016, p. 6.

²² Van Ommeren 2004, p. 3 - 4.

²³ Wieland 2017, p. 35 - 36.

3 *Schaarse publieke rechten; een nationaal en een Unierechtelijk perspectief*

Zowel het nationale recht als het recht van de Europese Unie kennen het begrip schaarse publieke rechten. In dit hoofdstuk komt aan de orde wanneer er binnen deze rechtsordes het bestaan van een schaars publiek recht wordt aangenomen. Daarbij komt de juridische grondslag voor de verdeling van schaarse publieke rechten aan bod en wordt ingegaan op eisen die het daarop gebaseerde recht stelt aan de verdeling van deze rechten.

Paragraaf 3.2 besteedt hierbij aandacht aan het Unierecht en paragraaf 3.3 gaat in op het Nederlandse recht. In paragraaf 3.1 worden eerst enkele woorden gewijd aan de doorwerking van het recht van de Europese Unie in de Nederlandse rechtsorde.

3.1 *Verhouding van het nationale recht tot het Unierecht*

De Europese Unie stelt zich blijkens artikel 3 van het Verdrag betreffende Europese Unie (hierna: VEU) ten doel de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen. Daartoe zet zij zich onder meer in voor de totstandbrenging van een interne markt.

De Europese Unie realiseert veel van haar doelstellingen via het recht. Unierecht vloeit voort uit verschillende bronnen. Daarbij wordt wel onderscheid gemaakt tussen het primaire Unierecht, waartoe onder andere het VEU en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) behoren, en het secundaire Unierecht, zoals dat is verwoord in de rechtsinstrumenten die de instellingen van de Europese Unie vaststellen. Tot die laatste categorie behoren de verordeningen, richtlijnen, besluiten, aanbevelingen en adviezen (art. 288 VWEU).²⁴

Het recht van de Europese Unie heeft voorrang boven daarmee strijdig recht van de lidstaten (beginsel van voorrang). Dit geldt zowel voor het primaire als het secundaire recht.²⁵

De bepalingen uit het VEU en het VWEU zijn, uit hoofde van de Europese rechtsorde, rechtstreeks toepasselijk en werken door in de rechtsorde van de lidstaten.²⁶ Of een verdragsbepaling rechtstreekse werking heeft, is afhankelijk van de vraag of de inhoud daarvan duidelijk bepaalbaar en onvoorwaardelijk is en, in de situatie dat van de lidstaten of de instellingen uitvoeringshandelingen worden verwacht, de instellingen of de lidstaten discretionaire bevoegdheden wordt gelaten.²⁷ De bepalingen van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging, de vrijheid van dienstverrichting en het vrije verkeer van kapitaal zijn niet van toepassing in een zuiver interne situatie, dat wil zeggen een situatie waarvan alle aspecten zich binnen één lidstaat afspelen.²⁸

Uit artikel 288 VWEU vloeit voort dat een verordening een algemene strekking heeft, verbindend is in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk is in alle lidstaten. Een verordening heeft voorrang boven rechtsregels van nationale oorsprong.²⁹ Richtlijnen daarentegen, zijn slechts verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, waarbij het aan de nationale instanties wordt gelaten om vorm en middelen te kiezen. Doorwerking van richtlijnrecht vergt in beginsel implementatiewetgeving van de verschillende lidstaten.³⁰

In het arrest van het Hof van Justitie van 1 oktober 2015, dat handelde over de gevoegde zaken *Trijber en Harmsen*, was de rechtsvraag aan de orde of de Dienstenrichtlijn wel van toepassing is, omdat de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten immers niet van toepassing zijn in zuiver interne situaties. In dit arrest stelde het Hof van Justitie dat van een

²⁴ Van der Burg & Voermans 2015, p. 37 – 39.

²⁵ HvJ EG 9 maart 1978, C 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (Simmenthal).

²⁶ Van der Burg & Voermans 2015, p. 40.

²⁷ HvJ EG 19 januari 1982, nr. C 8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (Becker)

²⁸ HvJ EG 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (Ullens de Schooten).

²⁹ Prechal e.a. 2017, p. 8.

³⁰ Prechal e.a. 2017. P. 8.

zuiver interne situatie geen sprake was. Daarbij overwoog ze dat van de diensten van Trijber (passagiersvervoer) ook gebruik kan worden van burgers van andere lidstaten en dat de afnemers van de diensten van Harmsen (prostituees) bestaan uit inwoners van andere lidstaten.

In het arrest Appingedam aanvaardde het Hof van Justitie dat de reikwijdte van de richtlijn zich verder kan uitstrekken dan strikt volgt uit de bepalingen van het VWEU betreffende de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten. In dit verband verwijst het Hof van Justitie naar de bewoordingen van de betreffende bepalingen en de doelstelling en de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn.³¹

Vanwege de grote betekenis van het Unierecht op de verdeling van schaarse publieke rechten bespreek ik, voordat ik inga op de rol van het Nederlands recht, eerst het Unierecht als grondslag voor de verdeling van schaarse publieke rechten.

3.2 Grondslagen en eisen voor de verdeling van schaarse publieke rechten in het Unierecht

Voor het leerstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten komt in het bijzonder betekenis toe aan de artikelen 49 en 56 VWEU, die handelen over de vrijheid van vestiging, respectievelijk het vrij verrichten van diensten, en de Aanbestedingsrichtlijnen en de Dienstenrichtlijn.³²

3.2.1 Eisen samenhangend met de artikelen 49 en 56 VWEU

Artikel 49 VWEU verbiedt beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat. Het gaat daarbij om de mogelijkheid om in een andere lidstaat werkzaam te zijn als zelfstandig ondernemer of als beoefenaar van een vrij beroep. De vrijheid van vestiging geldt ook voor rechtspersonen. Artikel 56 VWEU verbiedt beperkingen op het vrij verrichten van diensten voor onderdanen die zich in een andere lidstaat hebben gevestigd. Als diensten worden daarbij aangemerkt de dienstverrichtingen die gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn.

Een nationale regeling die de uitoefening van de vrijheid van vestiging door burgers belemmert of minder aantrekkelijk maakt, vormt volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie een beperking in de zin van artikel 49 VWEU. Dat geldt in ieder geval voor een nationale regeling die de oprichting van een onderneming van een andere lidstaat afhankelijk stelt van de afgifte van een voorafgaande vergunning, die het aantal te verlenen vergunningen aan een maximum bindt, of verhindert dat een economische activiteit als zelfstandige wordt uitgeoefend in een bedrijfsruimte naar keuze.³³ En wanneer schaarse rechten voor langere tijd verleend worden, wordt dit als een zelfstandige beperking van het vrij verkeer van diensten opgevat die afzonderlijk moet worden gerechtvaardigd.³⁴

De vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting kunnen slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang die niet discrimineren naar nationaliteit. Bovendien moet de betrokken nationale regeling, wil zij gerechtvaardigd zijn, geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is.³⁵

Het Hof van Justitie verbindt in verband met het bepaalde in de artikelen 49 en 56 een verplichting tot transparantie aan de toepassing van een stelsel van schaarse publieke rechten. De transparantieplichting houdt in dat iedere potentiële gegadigde een passende mate van

³¹ HvJ EU 30 januari 2018, nr. C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44, AB 2018/181, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (Appingedam).

³² Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, AB 2019/111, m.nt. C.J. Wolswinkel.

³³ HvJ EU 1 juni 2010, C-570/07 en C-571/07, ECLI:EU:C:2010:300 (Blanco Pérez).

³⁴ HvJ EG 23 maart 2006, C-323/03, ECLI:EU:C:2006:159 (Commissie/Spanje).

³⁵ HvJ EG 20 februari 2001, C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107 (Analir e.a.) en HvJ EU 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (Hartlauer).

openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend en de gunningsprocedure op onpartijdigheid kan worden getoetst.³⁶

De verplichting tot transparantie baseert het Hof van Justitie op het gelijkheidsbeginsel en/of het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit.³⁷ De transparantieplichting werd door het Hof van Justitie in eerste instantie alleen toegepast op het –door richtlijnen gereguleerde- terrein van de aanbesteding van overheidsopdrachten. Daarna volgde toepassing bij dienstenconcessies en bij van de richtlijnen uitgezonderde opdrachten.³⁸ Inmiddels is aanvaard dat transparantieplichting ook van toepassing is op een éénvergunningstelsel, zo blijkt uit het arrest *Betfair*.³⁹

Betfair is een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming die zich toelegt op het organiseren van weddenschappen op sportevenementen. Omdat *Betfair* haar diensten ook aan Nederlandse ingezetenen wil aanbieden, vraagt zij bij de Minister van Justitie vergunningen aan voor het organiseren van sportprijsvragen en een totalisator. In beide gevallen gaat het hierbij om een vergunning die aan hooguit één partij kan worden verleend. In 2005 worden beide vergunningen zonder enige oproep tot mededinging verleend aan de Lotto, respectievelijk Scientific Games Racing, terwijl de aanvraag van *Betfair* wordt afgewezen. *Betfair* gaat hiertegen in beroep.

In beroep ziet de Afdeling bestuursrechtspraak zich voor de principiële vraag gesteld of de transparantieplichting zoals die is ontwikkeld voor dienstenconcessies, ook van toepassing is op de verlening van schaarse vergunningen. En de vervolgvraag is of de verlenging van een schaarse vergunning zonder oproep tot mededinging een geschikt en evenredig middel kan vormen ter verwezenlijking van bepaalde doelstellingen die zijn gebaseerd op dwingende redenen van algemeen belang, waardoor een uitzondering op de transparantieplichting is gerechtvaardigd. Zij stelt hierover préjudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

De vraag of de transparantieplichting ook geldt bij het verlenen van een exclusieve vergunning op het terrein van kansspelen wordt door het Hof van Justitie bevestigend beantwoord. Daarbij overweegt hij dat de transparantieplichting 'een dwingende prealabele voorwaarde is van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer.' De tweede vraag wordt door het Hof van Justitie ontkennend beantwoord; het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting zijn van toepassing op procedures voor de verlening en de verlenging van een vergunning aan één exploitant op het gebied van de kansspelen, tenzij er sprake is van (quasi)inbesteding.

Op grond van het arrest *Betfair* wordt in de literatuur aangenomen dat de transparantieplichting ook geldt voor andere schaarse vergunningen, dat wil zeggen vergunningen waarvan het beschikbare aantal is beperkt tot twee of meer, en voor andere economische activiteiten dan het organiseren van kansspelen.⁴⁰

Het Hof van Justitie heeft in haar jurisprudentie de transparantieplichting ook op andere wijzen geconcretiseerd:

- de verdelende overheid moet voorafgaande aan de verdeling alle potentiële gegadigden een passende mate van openbaarheid bieden over de verdelingsprocedure en de criteria die bij de verdeling zullen worden toegepast;⁴¹
- de verdelingscriteria moeten objectief, niet-discriminerend, duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn;⁴²

³⁶ C.J. Wolswinkel, annotatie bij HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), *JB* 2010/171.

³⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 8 september 2010, C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506, (Engelmann) en HvJ EU 7 december 2000, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria*).

³⁸ Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2016:1421, bij ABRvS 2 november 2016, *AB* 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel.

³⁹ HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*).

⁴⁰ J. Wolswinkel, annotatie bij HvJ EU 3 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:307, *JB* 2010/171 en A. Buijze, annotatie bij HvJ 3 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:307, *AB* 2011/17.

⁴¹ HvJ EU 7 december 2000, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria*).

⁴² HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*).

- de verdelingscriteria moeten gedurende de procedure op alle aanvragen op gelijke wijze worden toegepast;⁴³
- ter verzekering van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers kunnen wezenlijke wijzigingen van de essentiële bepalingen van een concessieovereenkomst voor diensten in bepaalde gevallen de gunning van een nieuwe concessieovereenkomst vereisen.⁴⁴

De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte geldt onder het Unierecht niet onverkort. Dwingende spoed of uniciteit van dienstverrichters (bepaalde dienst kan slechts door één bepaalde partij kan worden verricht) zijn als uitzonderingsgrond aanvaard.⁴⁵

A-G Widdershoven stelt in zijn conclusie van 6 juni 2018 dat de artikelen 49 en 56 een beperkte betekenis hebben voor de verdeling van door planologische besluiten gecreëerde schaarste. Daarbij verwijst hij naar het *Tedeschi/Denkavit*-arrest.⁴⁶

In dat arrest was de rechtsvraag aan de orde of de lidstaten na inwerkingtreding van harmonisatierichtlijn nr. 74/63/EEG van de Raad van 17 december 1973, die voorzag in de vaststelling van maximumgehalten aan ongewenste stoffen en producten in diervoeders, op grond van artikel 36 van het Verdrag tot Oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (hierna: EEG-Verdrag) nog bevoegd zijn bepaalde stoffen (zelfstandig) ongewenst te verklaren. Uit dit arrest blijkt dat wanneer met toepassing van artikel 100 EEG-Verdrag door communautaire richtlijnen wordt voorzien in de harmonisatie van de maatregelen die nodig zijn ter bescherming van de gezondheid van mens en dier, en gemeenschappelijke procedures worden ingesteld voor het toezicht op de naleving daarvan, het beroep op artikel 36 niet meer gerechtvaardigd is en de harmonisatierichtlijn het kader vormt waarbinnen de geëigende controles moeten worden uitgevoerd en de beschermende maatregelen moeten worden getroffen.

Uit het *Tedeschi/Denkavit*-arrest volgt dat wanneer een richtlijn voorziet in volledige harmonisatie, zoals bij de Dienstenrichtlijn is gebeurd, niet meer getoetst dient te worden aan de verdragsbepalingen. Door de Dienstenrichtlijn is de betekenis van het primaire Unierecht ten aanzien van de verdeling van schaarse publieke rechten dus kleiner geworden. Toch is haar rol nog niet geheel uitgespeeld. Zo blijft deze jurisprudentie relevant voor de diensten die in artikel 2, tweede lid van de Dienstenrichtlijn worden uitgezonderd. Het gaat daarbij onder meer om diensten van uitzendbureaus, financiële diensten, gezondheidszorg en diensten op het gebied van vervoer. Bovendien vloeit uit artikel 3, lid 3 van de Dienstenrichtlijn voort dat de lidstaten de Dienstenrichtlijnen moeten toepassen met inachtneming van de Verdragsregels inzake de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten.

3.2.2 Eisen samenhangend met de Aanbestedingsrichtlijnen en de Dienstenrichtlijn

Op basis van de artikelen 53, 62 en 114 van het VWEU werden er in 2014 een drietal aanbestedingsrichtlijnen vastgesteld. Het gaat daarbij om:

- Richtlijn 2014/23/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten;
- Richtlijn 2014/24/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG;
- Richtlijn 2014/25/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG.

Deze zijn van toepassing op overheidsopdrachten en op concessieovereenkomsten en beogen binnen de Europese Unie een interne markt te creëren en vrije en eerlijke concurrentie te stimuleren. De

⁴³ HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*).

⁴⁴ HvJ EU 13 april 2010, C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182 (*Wall AG*).

⁴⁵ Wolswinkel, *SEW* 2018/7-8.

⁴⁶ HvJ EG 5 oktober 1977, zaak 5/77, ECLI:EU:C:1978:221 (*Tedeschi/Denkavit*).

betreffende opdrachten kunnen aangemerkt worden als schaarse publieke rechten, omdat er meer gegadigden dan rechten zijn.⁴⁷ Verdeling ervan vindt plaats via de aanbestedingsprocedure.

Binnen het aanbestedingsrecht komt aan het beginsel van gelijke behandeling een groot gewicht toe. Het beginsel beoogt gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de ondernemingen die naar een bepaalde opdracht meedingen te bevorderen. Daarvoor is vereist dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen.⁴⁸

Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat het gelijkheidsbeginsel tot transparantie verplicht, zodat de naleving ervan kan worden gecontroleerd.⁴⁹ Uit het transparantiebeginsel leidt het Hof van Justitie het bestaan van het beginsel van doorzichtigheid af. Dit beginsel strekt er toe elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst uit te bannen. Het impliceert 'dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.'⁵⁰

De transparantieverplichting is terug te vinden in artikel 1.9 van de Aanbestedingswet 2012. De betreffende bepaling eist dat een aanbestedende dienst of het speciale sector-bedrijf transparant handelt. Daarbij dient te worden gezorgd voor een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van een overheidsopdracht, een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag.

A-G Widdershoven stelt in zijn conclusie van 6 juni 2018 dat de (directe) betekenis van het formele aanbestedingsrecht voor planologische besluiten beperkt is, omdat deze besluiten geen aanbestedingsplichtige overheids- of concessieopdracht behelzen. Indirect is dat recht wel van belang, omdat de eisen die het Hof van Justitie stelt aan de verdeling van schaarse publieke rechten op grond van de artikelen 49 en 56 VWEU, respectievelijk de Dienstenrichtlijn zijn afgeleid van de verdelingseisen die gelden in het Europese aanbestedingsrecht.⁵¹

Op 12 december 2006 werd de Dienstenrichtlijn (voluit: Richtlijn 2006/123/EG van het Europees parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt) vastgesteld. De basis daarvoor bestond uit de artikelen 47, lid 2 en artikel 55 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap. Deze richtlijn beoogt de interne markt op het gebied van het vrij verkeer van diensten te vereenvoudigen en te vervolmaken.⁵²

De Dienstenrichtlijn is, gelet op het eerste lid van artikel 2, van toepassing op de diensten van dienstverrichters die in een lidstaat zijn gevestigd. De Dienstenrichtlijn verstaat onder een dienst elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap. Het tweede lid van dit artikel zondert vervolgens een aantal activiteiten van de toepassing van de richtlijn uit. Daartoe behoren onder meer niet-economische diensten van algemeen belang, financiële diensten, diensten op het gebied van vervoer, uitzendbureaus, diensten van de gezondheidszorg en gokactiviteiten.

⁴⁷ Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, AB 2019/111, m.nt. C.J. Wolswinkel.

⁴⁸ HvJ EG 27 november 2001, C-285/99 en C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640 (Lombardini en Mantovani).

⁴⁹ HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00, ECLI:EU:C:2002:379 (Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH/Stadt Wien)

⁵⁰ HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236 (Socchi di Frutta).

⁵¹ Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, AB 2019/111, m.nt. C.J. Wolswinkel.

⁵² Steyger NTB 2008/1.

Voor het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn is ook de inhoud van overweging 9 van de richtlijn van belang. Hieruit volgt namelijk dat de richtlijn niet van toepassing is op regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw die dienstverrichters bij de uitoefening van een economische activiteit op dezelfde manier in acht moeten nemen als natuurlijke personen die als particulier handelen. In het arrest Appingedam oordeelde het Hof van Justitie, nadat zij had vastgesteld dat detailhandel in goederen een dienst in de zin van de Dienstenwet vormt, dat het bestemmingsplan 'Stad Appingedam' een regeling is die enkel is gericht tot personen die bepaalde detailhandelsactiviteiten willen gaan ontwikkelen, met uitsluiting van personen die handelen als particulier. Anders dan de tekst van overweging 9 bij eerste lezing doet vermoeden, sluit zij de toepassing van de Dienstenrichtlijn op het betreffende bestemmingsplan dus niet uit.

Van een schaarse vergunning is volgens (overweging 62 van) de Dienstenrichtlijn sprake, wanneer het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is wegens een schaarste aan natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden. Wanneer van een schaarse vergunning sprake is, moet er een selectieprocedure worden vastgesteld, zodat er tussen de verschillende gegadigden gekozen kan worden. Die procedure moet transparant en onpartijdig zijn en de verleende vergunning mag niet buitensporig lang geldig zijn, automatisch worden verlengd of enig ander voordeel toekennen aan de dienstverrichter van wie de vergunning is komen te vervallen.

Afdeling I van hoofdstuk 3 van de Dienstenrichtlijn is gewijd aan vergunningstelsels. De hierin opgenomen bepalingen zijn niet alleen van toepassing op vergunningen die schaars zijn vanwege de beperkte beschikbaarheid van hulpbronnen of technische mogelijkheden, maar ook op vergunningen waarvan de afgifte om beleidsmatige redenen wordt beperkt. Het gaat daarbij onder meer om de volgende normen:

- Een vergunningstelsel heeft geen discriminerende werking, is gerechtvaardigd vanwege dwingende redenen van openbaar belang en het daarmee nagestreefde doel kan niet op een minder beperkende wijze worden bereikt (artikel 9).
- Vergunningstelsels zijn gebaseerd op criteria die niet-discriminatoir, gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang, evenredig, duidelijk en ondubbelzinnig, objectief, vooraf openbaar bekendgemaakt en transparant en toegankelijk zijn (artikel 10).
- Wanneer het aantal beschikbare vergunningen door een schaarste van de natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden beperkt is, moet de selectie van gegadigden met waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie geschieden (artikel 12).
- Vergunningprocedures zijn duidelijk, worden vooraf openbaar bekendgemaakt en bieden de garantie dat hun aanvraag objectief en onpartijdig wordt behandeld (artikel 13).

De Dienstenrichtlijn werd geïmplementeerd via de Dienstenwet. De wetgever heeft er bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn voor gekozen om ten aanzien van schaarse vergunningen uitsluitend de looptijd te regelen in de Dienstenwet.⁵³ Ook de in artikel 15, lid 2 van de Dienstenrichtlijn neergelegde norm, die lidstaten opdraagt te onderzoeken of de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit in hun rechtstelsel afhankelijk wordt gesteld van niet-discriminerende eisen, heeft geen plek in de Dienstenwet gekregen. De regering las in de betreffende bepaling een verbod dat het kader schept waarbinnen de Nederlandse wet- en regelgever eisen en vergunningstelsels kan vaststellen.⁵⁴ Wel kwam het tot een aanpassing van de Circulaire Aanwijzingen voor de regelgeving.⁵⁵

Uit het arrest Trijber en Harmsen blijkt dat ook beleidsmatig schaarse vergunningen niet voor onbepaalde tijd mogen worden verleend.⁵⁶ En uit het arrest Promoimpresa volgt dat voor beleidsmatig schaarse vergunningen, die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen, geldt dat voor wat betreft de selectieprocedure teruggevallen moet worden op het regime van de artikelen 49 en 56 VWEU.⁵⁷

⁵³ Wolswinkel, *SEW* 2018/7-8.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2007/08, 31579, nr. 3, p. 21 (MvT).

⁵⁵ Besluit van de Minister-President, Minister van Algemene Zaken, van 22 december 2017, houdende vaststelling van de tiende wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Stcrt. 2017, 69427).

⁵⁶ HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (Trijber en Harmsen).

⁵⁷ HvJ EU 14 juli 2016, C-458/14 en C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558 (Promoimpresa).

In het arrest Appingedam stelde het Hof van Justitie vast dat het in het geding zijnde bestemmingsplan niet als een 'vergunning' in de zin van artikel 4 lid 6, artikel 9 en artikel 10 Dienstenrichtlijn 2006 kan worden aangemerkt, waardoor de eisen die de Dienstenrichtlijn aan vergunningen stelt, buiten toepassing konden blijven. Het Hof van Justitie classificeerde de planregels wel als een eis als bedoeld in artikel 15, lid 2 van de richtlijn, omdat zij de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit afhankelijk stellen van een territoriale beperking. Vervolgens stelde ze vast dat artikel 15 rechtstreekse werking heeft. Uit het arrest volgde dat de verwijzende rechter (de Afdeling bestuursrechtspraak) de in de planregels besloten liggende beperkingen moest toetsen aan de in artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn genoemde eisen. Beperkingen als bedoeld in artikel 15, tweede lid van de Dienstenrichtlijn zijn namelijk alleen toegestaan als zij niet discrimineren, vereist zijn om dwingende redenen van algemeen belang en evenredig zijn.⁵⁸

3.2.3 Model Rules on EU Administrative Procedure

In 2014 publiceerde het Research Network en European Association Law (hierna: ReNEUAL) de 'Model Rules on EU Administrative Procedure' (hierna: de Modelregels). De Modelregels zijn bedoeld 'om algemene Europese rechtsbeginselen te versterken en 'best practices' die zijn geïdentificeerd in bestaande EU-wetgeving of nationale rechtssystemen te codificeren.'⁵⁹ De voorstellen bevatten regels die primair zijn gericht tot het directe bestuur door de EU-instellingen, organen, instanties en agentschappen.⁶⁰

De Modelregels zijn vervat in 6 boeken. Het eerste boek bevat algemene bepalingen. De boeken II t/m VI gaan achtereenvolgens in op het maken van wetgeving (Boek II), beschikkingen (Boek III), overheidsovereenkomsten (Boek IV) wederzijdse bijstand (V) en beheer van administratieve informatie (Boek VI).

Voor de gevallen waarin het aantal toe te kennen aanvragen beperkt is en er een concurrerende gunningsprocedure wordt toegepast, voorzien de Modelregels in afdeling 3 van hoofdstuk 2 van Boek IV in voorschriften over de bekendmaking, over de te stellen eisen aan contractspartijen (niet-discriminerend), over de gelijke behandeling van gegadigden en over transparantie.

Of de Modelregels uiteindelijk uitmonden in Europese wetgeving is onzeker. De Europese Commissie is naar verluid niet enthousiast.⁶¹ De Modelregels zouden niettemin van betekenis kunnen zijn als inspiratiebron voor onze nationale wetgever, omdat een algemene regeling voor het verdelen van schaarse publieke rechten in het bestuursrecht ontbreekt.⁶²

3.3 Grondslagen en eisen voor de verdeling van schaarse publieke rechten in het nationale recht

Het vraagstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten speelt in verschillende delen van het Nederlandse bestuursrecht. De Algemene wet bestuursrecht bevat geen algemene regeling voor de verdeling van schaarse publieke rechten. Wel noemt de Algemene wet bestuursrecht in afdeling 4.2.2 een aantal verplichtingen voor bestuursorganen die een subsidieregeling met een subsidieplafond hebben vastgesteld. Zo dient bij of krachtens wettelijk voorschrift te worden bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld, moet het subsidieplafond worden bekendgemaakt voor aanvang van het tijdvak waarvoor het is vastgesteld en dient daarbij de wijze van verdeling te worden vermeld.

De bijzondere wetgever heeft in een aantal gevallen een regeling getroffen voor de verdeling van schaarse publieke rechten. Zo bevat artikel 3.10 van de Telecommunicatiewet een opsomming van toegestane procedures bij de verlening van vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte en geeft paragraaf 2 van het Besluit personenvervoer 2000 regels voor de aanbesteding van concessies voor

⁵⁸ HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (Appingedam).

⁵⁹ Gezamenlijke verklaring van het European Law Institute (ELI) en het Research Network on EU Administrative Law (ReNEUAL), <http://www.reneual.eu>.

⁶⁰ Van Ommeren & Wolswinkel, *NJB* 2014/23.

⁶¹ A. Meuwese, 'Een 'Europese Awb'? De Commissie heeft er nog steeds geen zin in.' www.publiekrechtenpolitiek.nl, 18 juli 2018.

⁶² Wolswinkel, *NTB* 2014/7.

openbaar vervoer. De in deze sectorale wetten opgenomen regelingen voor de verdeling van schaarse publieke rechten zijn -vanwege hun specifieke toepassingsbereik- uiteraard niet direct van betekenis voor de verdeling van schaarste via ruimtelijke plannen.

Wel relevant voor de beantwoording van de door mij geformuleerde probleemstelling is de jurisprudentie over dit onderwerp van met name de Afdeling bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb).

3.3.1 Bestaan van een schaars publieke recht

Hoofdstuk 2 bevat een uitgebreide -aan de literatuur ontleende- beschrijving van een schaars publiek recht. Daarvan is –kort samengevat- sprake, in de situatie waarin het aantal aanvragen groter is (of kan zijn) dan het aantal voor verlening beschikbare rechten.

In de jurisprudentie worden soortgelijke formuleringen gebruikt. Zo rept de uitspraak van het CBb van 30 december 2009 bijvoorbeeld over een plafond waarbinnen aanvragen gehonoreerd kunnen worden.⁶³ En komt het CBb in haar uitspraak van 15 mei 2012 tot de conclusie dat er sprake is van een schaarse ontheffing, omdat er slechts ruimte is voor één supermarkt met een openstelling op zondagavond, terwijl er meer gegadigden zijn.⁶⁴ Ook de Afdeling bestuursrechtspraak verbindt aan de enkele aanwezigheid van een plafond de conclusie dat er sprake is van een schaarse vergunning.⁶⁵

3.3.2 Grondslag voor de verdeling van schaarse publieke rechten

Het CBb heeft al langer oog voor de problematiek rondom de verdeling van schaarse publieke rechten. Zo oordeelde zij in 1985 reeds dat de afwijzing van een aanvraag om ontheffing voor het houden van een antiekbeurs op een zon- en feestdag door burgemeester en wethouders van Amersfoort onzorgvuldig was. Uit artikel 5 lid 3 van het op de Winkelsluitingswet gebaseerde KB van 14 december 1977 volgde indertijd dat per gemeente in een kalenderjaar ten hoogste twee maal ontheffing voor het houden van een antiekbeurs op zon- en feestdagen wordt verleend. Bij burgemeester en wethouders waren echter drie aanvragen binnengekomen. Tot een inhoudelijke beoordeling van de drie aanvragen kwam het echter niet. De ontheffingen werden verleend aan twee bedrijven met wie burgemeester en wethouders al eerder ‘zaken’ hadden gedaan. De derde aanvraag werd afgewezen vanwege de onbekendheid van burgemeester en wethouders met deze aanvrager.⁶⁶

In latere rechtspraak van het CBb is het zorgvuldigheidsbeginsel een belangrijke rol blijven spelen. In een uitspraak van drie juni 2009 (Swiss Leisure Group) oordeelde het CBb dat de verlening aan Hommerson van de derde vergunning voor een speelautomatenhal in het centrum van Den Haag op gespannen voet met het zorgvuldigheidsbeginsel staat. In de periode dat deze zaak aanhangig was, bepaalde de Haagse Verordening op de Kansspelen dat er maximaal 8 vergunningen voor speelautomatenhallen verleend konden worden. Omdat dat maximum was bereikt, kon een vergunning voor een nieuwe locatie alleen worden verleend, na voorafgaande intrekking van een bestaande vergunning.

Het CBb wees er in deze zaak op dat het zorgvuldigheidsbeginsel in een geval als dit vereist dat, wanneer er opnieuw ruimte ontstaat voor de verlening van een vergunning, andere ondernemers in beginsel de mogelijkheid moet worden geboden daar naar mee te dingen. In plaats daarvan verleende het bestuur, onder gelijktijdige intrekking van een vergunning voor een speelautomatenhal, een vergunning aan een bestaande exploitant van een speelautomatenhal. Het CBb achtte deze handelswijze van de burgemeester onrechtmatig wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel.⁶⁷

Vanaf 2010 is het CBB in zijn uitspraken de standaardoverweging gaan gebruiken dat aan de besluitvorming over de toekenning van schaarse publieke rechten ‘onder meer vanuit het oogpunt van

⁶³ CBb 30 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BN5532, AB 2010/265, m.nt. C.J. Wolswinkel.

⁶⁴ CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel.

⁶⁵ ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, AB 2019/496, m.nt. C.J. Wolswinkel.

⁶⁶ CBb 31 mei 1985, ECLI:NL:CBB:1985:AM8464, m.nt. J.H. van Kreveld.

⁶⁷ CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, m.nt. C.J. Wolswinkel (Hommerson).

rechtszekerheid zware eisen dienen te worden gesteld.⁶⁸ Zie bijvoorbeeld de uitspraak van het CBb van 25 februari 2015.⁶⁹

Van grote betekenis voor het leerstuk van de schaarse publieke rechten is de –ook in de inleiding genoemde– uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 2 november 2016 (Speelautomatenhal Vlaardingen).⁷⁰ In deze uitspraak staat een exploitatievergunning en een aanwezigheidsvergunning voor een speelautomatenhal centraal. Deze worden in 2012 door de burgemeester van Vlaardingen aan een exploitant van een speelautomatenhal verleend voor een locatie in het stadscentrum. Tegelijkertijd wordt de aanvraag van een concurrent, die vanaf 1987 op verschillende momenten aan het gemeentebestuur kenbaar heeft gemaakt een soortgelijke wens te hebben, afgewezen.

In deze uitspraak erkent de Afdeling bestuursrechtspraak het bestaan van een rechtsnorm, die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bevoegd gezag op de een of andere manier aan gegadigden ruimte moet worden geboden mee te dingen naar beschikbare vergunningen. Het bestaan van deze rechtsnorm leidt de Afdeling bestuursrechtspraak af van het gelijkheidsbeginsel. De verplichting om mededingingsruimte te bieden is niet absoluut, maar kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet, of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. Een zodanige beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten.

3.3.3 Eisen aan de verdeling van schaarse publieke rechten

In de loop der tijd zijn er in de jurisprudentie de nodige eisen geformuleerd aan de verdeling van schaarse publieke rechten. Het gaat daarbij om de volgende punten:

➤ Motivering van het plafond

Kenmerkend voor een schaars publiek recht is het bestaan van een plafond, zo kwam eerder al aan de orde. In de jurisprudentie is bepaald dat dit plafond moet worden gemotiveerd. Die motivering dient zowel te zien op het enkele feit dat er sprake is van een maximumstelsel, als op het gekozen maximum zelf. En als het gekozen maximum binnen het vergunningenstelsel een imperatieve weigeringsgrond voor de vergunning betreft, zal in voorkomende gevallen ook moeten worden gemotiveerd waarom in dit geval niet van dat maximum kan worden afgeweken.⁷¹ Uit het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt moet bovendien blijken dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen.⁷²

➤ Verdeelprocedure

Wanneer het aantal aanvragen dat voor honorering in aanmerking komt het beschikbare aantal rechten overschrijdt, dient er een procedure te worden toegepast om de schaarse rechten te verdelen.⁷³ In de literatuur worden de volgende verdeelprocedures onderscheiden:

- a. verdeling op volgorde van binnenkomst;
- b. loting;
- c. veiling;
- d. vergelijkende toets (een verdelingsprocedure waarbij aanvragen inhoudelijk met elkaar worden vergeleken);
- e. aanbesteding.⁷⁴

⁶⁸ Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2016:1421, bij ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel.

⁶⁹ CBb 25 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:55, AB 2015/307, m.nt. C.J. Wolswinkel.

⁷⁰ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (Speelautomatenhal Vlaardingen).

⁷¹ ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3130, AB 2017/295, m.nt. C.J. Wolswinkel.

⁷² ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (Speelautomatenhal Vlaardingen).

⁷³ Wolswinkel, NTB 2014/7.

⁷⁴ Van Ommeren 2004, p. 9.

In zijn conclusie van 25 mei 2016 stelt A-G Widdershoven dat er in het Nederlandse recht een norm bestaat, die er in voorziet dat bij de verdeling van schaarse vergunningen aan (potentiële) gegadigden ruimte wordt geboden om daar naar mee te dingen. Naar zijn mening sluit die rechtsnorm, zolang de toepasselijke wettelijke voorschriften zich daartegen niet verzetten, geen enkele verdelingsprocedure uit.⁷⁵ In haar uitspraak van 28 april 2010 accepteerde het CBb als verdeelprocedure de verdeling op volgorde van binnenkomst.⁷⁶ Ook de Afdeling bestuursrechtspraak meent dat de volgorde van binnenkomst als maatstaf kan worden gebruikt in een gunningsprocedure, mits de potentiële gegadigden een gelijke kans hebben om te kunnen wedijveren om het schaarse publieke recht.⁷⁷ Ook een loting⁷⁸ en de vergelijkende toets⁷⁹ worden door het CBb als een geschikt instrument gezien om een rangorde aan te brengen in vergelijkbare aanvragen.

In de uitspraak Speelautomatenhal Helmond heeft de Afdeling bestuursrechtspraak uitgesproken dat de verdeelcriteria duidelijk, precies en ondubbelzinnig moeten zijn.⁸⁰ Later stelde ze vast dat beoordelingscriteria onvoldoende kenbaar zijn, indien vooraf niet duidelijk is hoe de score op die criteria tot stand komt.⁸¹

Heeft het bestuursorgaan gekozen voor een bepaalde verdelingsprocedure en is dat besluit vervolgens bekendgemaakt, dan is het bestuursorgaan daaraan in beginsel ook gebonden.⁸²

➤ Bekendmaking

Voorafgaand aan de vergunningprocedures moet op een passende manier bekendheid worden gegeven aan de criteria waaraan de aanvragen moeten voldoen.⁸³ Elke potentiële gegadigde dient in beginsel mee te kunnen dingen naar het schaarse publieke recht.⁸⁴ Voor partijen die geïnteresseerd zouden kunnen zijn in het schaarse publieke recht moet bovendien kenbaar zijn, wanneer het recht voor verlening beschikbaar is. Daarnaast moet voor hen duidelijk zijn welke procedure bij de verdeling wordt gehanteerd.⁸⁵ Zijn alle beschikbare rechten verleend, maar vervalt er een publiek recht of komt er door intrekking een publiek recht beschikbaar, dan moeten gegadigden in beginsel de mogelijkheid worden geboden daar naar mee te dingen.⁸⁶

➤ Toepassing verdeelregels

Eenmaal vastgestelde regels moeten bij de beoordeling van aanvragen op dezelfde manier worden geïnterpreteerd en toegepast.⁸⁷ In de uitspraak van 4 april 2013 herhaalde de Afdeling bestuursrechtspraak de eis dat alle aanvragen “op basis van gelijke criteria moeten worden vergeleken en beoordeeld”, maar bood ze ruimte voor een afwijking van die regel in het geval van bijzondere, in de beleidsregel niet verdisconteerde omstandigheden.⁸⁸

⁷⁵ Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2016:1421, bij ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2018:4198.

⁷⁶ CBb 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375 (Pierik & Meson).

⁷⁷ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (Speelautomatenhal Vlaardingen).

⁷⁸ CBB 12 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0420 (zondagavondwinkel Heiloo).

⁷⁹ CBb 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125 (Albert Heijn).

⁸⁰ ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, AB 2017/389, m.nt. C.J. Wolswinkel.

⁸¹ ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:602, AB 2018/293, m.nt. C.J. Wolswinkel.

⁸² CBb 12 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0420, AB 2012/147, m.nt. C.J. Wolswinkel (zondagavondwinkel Heiloo) en CBb 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125 (Albert Heijn).

⁸³ Drahmman NTB 2012/25.

⁸⁴ CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, Gst. 2012/96, m.nt. W.P. Adriaanse (zondagavondwinkel Wassenaar).

⁸⁵ CBb 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel (Speelautomatenhal Zwolle).

⁸⁶ CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, AB 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel (speelautomatenhal Den Haag).

⁸⁷ ABRvS 15 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2654.

⁸⁸ ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429.

- Nieuwe informatie na sluiting van de aanvraagtermijn
Bij een vergelijkende toets ('tendersysteem' in de bewoordingen van de Afdeling bestuursrechtspraak) mag na sluiting van de aanvraagtermijn geen rekening meer worden gehouden met informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van de aanvraag.⁸⁹
- Looptijd
Uitgangspunt is dat een schaars publiek recht niet voor onbepaalde tijd wordt verleend, omdat andere gegadigden hierdoor de mogelijkheid wordt ontnomen om in de toekomst naar het schaarse publieke recht mee te kunnen dingen.⁹⁰ In de uitspraak Havenbedrijf oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak echter dat een vergunning voor het oprichten van een windturbine op particulier terrein, zich in beginsel niet leent voor de toepassing van de eis dat een schaarse vergunning alleen tijdelijk kan worden verleend.⁹¹ Uit de uitspraak Standplaats Doorn van de Afdeling bestuursrechtspraak kan worden opgemaakt dat afwijking van de eis van een beperkte looptijd niet goed denkbaar is bij afgifte van een schaarse vergunning voor een economische activiteit, terwijl bij andere schaarse vergunningen onder omstandigheden afwijking hiervan kan worden gerechtvaardigd door het beginsel van rechtszekerheid.⁹² In haar uitspraak van 28 augustus 2019 gaat de Afdeling bestuursrechtspraak nog een stap verder. Daarin oordeelt zij dat er voor de tijdelijkheid van een schaarse vergunning principieel minder reden bestaat als de schaarse vergunning geen betrekking heeft op een economische activiteit, omdat van een onevenredige bevoordeling van gegadigden in economische zin geen sprake is.⁹³

3.3.4. Consequenties van het arrest Appingedam

Uit de uitspraak Speelautomatenhal Vlaardingen lijkt te volgen dat het door de Afdeling bestuursrechtspraak gecreëerde kader voor de verdeling van schaarse publieke rechten het bestaande Europese beoordelingskader overbodig maakt. In die uitspraak overwoog zij namelijk 'Gezien al het vorenstaande behoeven de overige gronden, waaronder die over de strijdigheid met het Unierecht, geen bespreking'.⁹⁴

Dat standpunt lijkt na het arrest Appingedam niet langer houdbaar. In dat arrest oordeelde het Hof van Justitie namelijk dat hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn inzake de vrijheid van vestiging van dienstverrichters, waar de bepalingen inzake (schaarse) vergunningen onderdeel van uitmaken, ook van toepassing is in situaties waarin alle aspecten zich binnen één lidstaat afspelen.⁹⁵ De nationale mededingingsnorm blijft echter van betekenis voor schaarse publieke rechten die buiten de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn (en de artikelen 49 en 56 VWEU) vallen.

De betekenis van dit arrest is overigens in de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak nog niet zichtbaar. In de uitspraak Ligplaatsvergunning Amsterdam betreft de Afdeling bestuursrechtspraak enkel het nationale mededingingskader en blijft de Dienstenrichtlijn buiten beeld, terwijl de Afdeling wel vaststelt dat er sprake is van een economische activiteit, wat juist lijkt te wijzen in de richting van de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn. De rechtbank Amsterdam had overigens eerder wel overwogen dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing was (zonder dit standpunt overigens te motiveren).⁹⁶

⁸⁹ ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel (kramenzetters Albert Cuypmarkt).

⁹⁰ CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBb:2012:BW6630, Gst. 2012/96, m.nt. W.P. Adriaanse (zondagavondwinkel Wassenaar).

⁹¹ ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2332 (Havenbedrijf).

⁹² ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300, m.nt. C.J. Wolswinkel (Standplaats Doorn). In dezelfde zin:

⁹³ ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, Gst. 2020/18, m.nt. A. Drahmman.

⁹⁴ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (Speelautomatenhal Vlaardingen).

⁹⁵ Wolswinkel, SEW 2018/7-8

⁹⁶ C.J. Wolswinkel, annotatie bij ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, AB 2019/496.

4 *Schaarste bij de vaststelling van ruimtelijke plannen*

Op 1 juli 2008 trad de Wet ruimtelijke ordening in werking. Deze wet verving de Wet op de Ruimtelijke Ordening, die op 1 augustus 1965 in werking trad. De Wet ruimtelijke ordening strekt blijkens haar considerans tot bevordering van een duurzame ruimtelijke kwaliteit. Daartoe werd het nodig geacht nieuwe regels te geven, die de positie van het bestemmingsplan versterken, de doelgerichtheid en doeltreffendheid van het ruimtelijk beleid vergroten en de ruimtelijke regelgeving vereenvoudigen.

De Wet ruimtelijke ordening verplicht gemeenteraden tot de vaststelling van een of meer bestemmingsplannen voor het gehele grondgebied van de gemeente. In een bestemmingsplan worden de bouw- en gebruiksregels voor een bepaald gebied vastgelegd. In de situatie dat er sprake is van een provinciaal of Rijksbelang, zijn ook Provinciale Staten, respectievelijk de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties bevoegd tot de vaststelling van een dergelijk plan, dat dan inpassingsplan wordt genoemd.

De Wet ruimtelijke ordening loopt op haar laatste benen. Het Rijk bereidt een stelselherziening van het omgevingsrecht voor. Daarin staat de Omgevingswet centraal. In deze wet komen regels voor ruimte, wonen, infrastructuur, milieu, natuur en water samen. De Omgevingswet zal uiteindelijk (al dan niet volledig) 33 bestaande sectorale wetten, waaronder de Wet ruimtelijke ordening, vervangen. In de Omgevingswet keren het bestemmingsplan en het inpassingsplan niet terug. Lokale regels voor de fysieke leefomgeving zullen onder de Omgevingswet worden neergelegd in het Omgevingsplan.

Bij brief van 1 april 2020 deelde minister S. van Veldhoven – Van der Meer de Tweede Kamer mee, dat de Omgevingswet –in tegenstelling tot eerdere berichten- niet op 1 januari 2021 in werking treedt. Het is nog niet bekend wanneer de inwerkingtreding van de Omgevingswet dan wel plaats vindt.

Dit hoofdstuk beschrijft hoe bij de vaststelling van ruimtelijke plannen omgegaan dient te worden met het leerstuk van de schaarse publieke rechten. Daarbij wordt zowel ingegaan op de situatie onder de Wet ruimtelijke ordening (paragraaf 1) als die onder de Omgevingswet (paragraaf 2).

4.1 *Schaarste en de Wet ruimtelijke ordening*

In deze paragraaf wordt eerst een nadere beschrijving gegeven van het bestemmingsplan, c.q. het inpassingsplan (subparagraaf 4.1.1). Daarbij wordt stil gestaan bij de mogelijkheid om in een bestemmingsplan bepalingen op te nemen waarmee het plan kan worden gewijzigd, uitgewerkt, dan wel waarmee van bepalingen in het plan door middel van een omgevingsvergunning kan worden afgeweken. Ook de beheersverordening komt aan bod. Dit is een juridisch alternatief voor het vaststellen van een bestemmingsplan.

Vervolgens wordt in beeld gebracht hoe de bestuursrechter besluiten tot vaststelling van een ruimtelijk plan toetst (subparagraaf 4.1.2) en hoe die bestaande rechtspraktijk zich verhoudt tot het leerstuk van de schaarse publieke rechten (4.1.3).

4.1.1 *Ruimtelijke plannen uit de Wet ruimtelijke ordening*

Ruimtelijke ordening wordt wel beschreven als het proces waarbij de overheid tot keuzes komt wat betreft de inrichting en het beheer van de fysieke leefomgeving, door diverse aanspraken op de fysieke leefomgeving tegen elkaar af te wegen.⁹⁷ Daarbij is een belangrijke rol voor het bestemmingsplan weggelegd. Het bestemmingsplan heeft volgens de wetgever twee functies, namelijk:

- a. gewenst gebruik van de grond bevorderen en ongewenst gebruik tegengaan (sturingsfunctie);
- b. verschaffen van een juridische basis voor overheid, burgers en bedrijfsleven ten aanzien van wat wel of niet is toegestaan in een bepaald gebied (waarborgfunctie).⁹⁸

De gemeenteraad dient op grond van artikel 3.1 van de Wet ruimtelijke ordening voor het gehele grondgebied van de gemeente een (of meer) bestemmingsplannen vast te stellen, waarbij ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening de bestemming van de in het plan begrepen grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming regels worden gegeven. Deze regels betreffen in elk

⁹⁷ Struiksma 2008, p. 1.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 19 (MvT).

geval regels omtrent het gebruik van de grond en van de zich daar bevindende bouwwerken. Een bestemmingsplan dient op grond van artikel 3.1.6 Besluit ruimtelijke ordening vergezeld te gaan van een toelichting, waarin onder andere verantwoording wordt afgelegd over de in het plan gemaakte keuze van bestemmingen. Uit artikel 1.2.3 van het Besluit ruimtelijke ordening volgt dat een bestemmingsplan elektronisch wordt vastgesteld. Van het elektronische document dient tevens een papieren versie te worden gemaakt. Op de voorbereiding van een bestemmingsplan zijn de bepalingen 3.7 e.v. van de Wet ruimtelijke ordening van toepassing.

Het in de Wet ruimtelijke ordening neergelegde stelsel wordt wel toelatingsplanologie genoemd. Daarmee wordt bedoeld dat een bestemmingsplan niet kan verplichten tot de realisatie van aan de grond toegekende bestemmingen. Om die reden bevat een bestemmingsplan overgangsrecht.⁹⁹ Op de regel dat een bestemmingsplan niet kan verplichten tot de realisatie van een aan de grond toegekende bestemming, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak inmiddels een uitzondering aanvaard. De gemeenteraad kan, en is onder omstandigheden ertoe gehouden, in een bestemmingsplan regels op te nemen die verplichten tot de uitvoering van maatregelen, die nodig zijn om een nieuwe ontwikkeling ruimtelijk aanvaardbaar te laten zijn.¹⁰⁰

Een bestemmingsplan kan de bebouwings- en gebruiksmogelijkheden van grond gedetailleerd of juist globaal beschrijven. En een bestemmingsplan kan conserverend of ontwikkelingsgericht van aard zijn. Wanneer een bestemmingsplan gericht is op handhaving van de bestaande situatie, dan zal veelal precies zijn omschreven voor welke doeleinden de grond mag worden gebruikt en wat er mag worden gebouwd. Dient het bestemmingsplan een bepaalde ruimtelijke ontwikkeling mogelijk te maken en is er een uitgewerkt en concreet bouwplan voorhanden, dan kan de gemeente daarvoor een gedetailleerd bestemmingsplan opstellen. Ontbreekt een dergelijk bouwplan, of wenst de gemeente ook varianten daarop mogelijk te maken, dan ligt de opname van een globale –al dan niet nader uit te werken– bestemming voor de hand. Wordt gekozen voor de opname van een nader uit te werken bestemming, dan kan er in beginsel niet eerder worden gebouwd, dan nadat de bestemming door burgemeester en wethouders nader is uitgewerkt.

Aan de behoefte aan flexibiliteit in een bestemmingsplan kan op grond van artikel 3.6, lid 1 Wet ruimtelijke ordening ook worden tegemoetgekomen door opname van een wijzigingsbevoegdheid. Een wijzigingsbevoegdheid dient door objectieve normen te worden begrensd. Of daarvan sprake is, hangt onder meer af van de aard van de wijziging, de omvang van het gebied waarop de wijzigingsbevoegdheid ziet en de aanleiding voor het opnemen van deze wijzigingsbevoegdheid.¹⁰¹ De toepassing van een wijzigingsbevoegdheid mag bovendien niet leiden tot een ingrijpende wijziging van de structuur van het plan.¹⁰²

Ook op de voorbereiding van de uitwerking en de wijziging van een bestemmingsplan is –gelet op artikel 3.9a Wet ruimtelijke ordening– afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing.

Flexibiliteit in een bestemmingsplan kan met toepassing van artikel 3.6, lid 1 Wet ruimtelijke ordening ook worden bevorderd door de opname van bepalingen die het mogelijk maken bij omgevingsvergunningen van planregels af te wijken. Ook deze bevoegdheid dient te worden ingekaderd door regels die bij het plan zelf worden gegeven.¹⁰³ Gebruikmaking van de bevoegdheid mag niet leiden tot een onomkeerbare wijziging van de in het plan vastgelegde bestemming. De Wet ruimtelijke ordening bevat geen procedurevoorschriften die bij de toepassing van de afwijkingsbevoegdheid in acht moeten worden genomen.¹⁰⁴

Aan de Wet ruimtelijke ordening ligt onder meer het uitgangspunt ten grondslag dat elk overheidsniveau waar een verantwoordelijkheid past en wordt aanvaard, ook over de bevoegdheden moet beschikken

⁹⁹ Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017, p. 5.

¹⁰⁰ ABRvS 29 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO9160, AB 2011/40, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

¹⁰¹ ABRvS 13 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2453, AB 2017/319, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

¹⁰² ABRvS 26 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6078.

¹⁰³ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 96 (MvT).

¹⁰⁴ Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017, p. 52.

om die verantwoordelijkheid waar te maken.¹⁰⁵ In het oorspronkelijke wetsvoorstel was daartoe in de artikelen 3.19 en 3.20 Wet ruimtelijke ordening voorzien in een bevoegdheid voor Provinciale Staten en de minister van (indertijd) VROM. Via een amendement van het lid Van Bochove c.s. werd de bevoegdheid tot het vaststellen van een bestemmingsplan exclusief toebedeeld aan de gemeenteraad. Het Rijk en Provinciale Staten werden vervolgens bevoegd tot het vaststellen van zogenaamde inpassingsplannen. Dit zou de eenduidigheid voor burgers en bedrijven vergroten.¹⁰⁶

Voorwaarde voor toepassing van de bevoegdheid tot het vaststellen van een inpassingsplan is dat er sprake is van rijks-, c.q. provinciale belangen. Het tweede lid van de artikelen 3.26 en 3.28 Wet ruimtelijke ordening verwijzen voor wat betreft de inhoud en de voorbereiding van het inpassingsplan naar de afdelingen 3.1 en 3.2 van de Wet ruimtelijke ordening. Deze afdelingen bevatten bepalingen over de inhoud en voorbereiding van een bestemmingsplan.

Voor die delen van een gemeente waar geen ruimtelijke ontwikkelingen worden voorzien, kan de gemeenteraad op grond van artikel 3.38 Wet ruimtelijke ordening -in plaats van een bestemmingsplan- een beheersverordening vaststellen, waarin het beheer van dat gebied overeenkomstig het bestaande gebruik wordt geregeld. Onder bestaand gebruik van een gebied wordt volgens de parlementaire geschiedenis het feitelijk bestaande gebruik verstaan. Geldt voor een gebied al een bestemmingsplan dan kan een gemeente er ook voor kiezen in een beheersverordening het in het bestemmingsplan toegestane gebruik vast te leggen.

Artikel 3.38 is in de Wet ruimtelijke ordening terechtgekomen via een amendement van het kamerlid Verdaas c.s.¹⁰⁷ Aan dit amendement ligt het idee ten grondslag dat gebieden met een lage dynamiek via een relatief eenvoudig instrument van een passende planologische bescherming moeten kunnen worden voorzien. Een gedetailleerd en relatief duur bestemmingsplan kan na vaststelling van een beheersverordening achterwege blijven. De Wet ruimtelijke ordening bevat geen procedurevoorschriften voor de beheersverordening.

4.1.2 Beoordelingskader bestuursrechter

Binnen de Wet ruimtelijke ordening speelt het begrip goede ruimtelijke ordening een belangrijke rol. Bestemmingen dienen namelijk ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening te worden aangewezen. Dit geldt zowel voor bestemmingsplannen als inpassingsplannen.

Volgens de wetgever behelst een goede ruimtelijke ordening het bevorderen van een duurzame ruimtelijke kwaliteit in een dynamische samenleving. Het begrip 'goede ruimtelijke ordening' is een veelkoppig monster. Vanuit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening worden er bijvoorbeeld eisen gesteld ten aanzien van de minimaal in acht te nemen afstand tussen woningen en bedrijven¹⁰⁸, de ontsluiting van een woongebied¹⁰⁹ en de luchtkwaliteit ter plaatse van de bouwlocatie van een schoolgebouw.¹¹⁰

In het kader van een goede ruimtelijke ordening dient de overheid telkens alle relevante belangen met een ruimtelijke dimensie af te wegen.¹¹¹ Met concurrentieverhoudingen hoeft de gemeenteraad bij de vaststelling van een bestemmingsplan echter geen rekening te houden, tenzij zich een duurzame ontvruchting van het voorzieningenniveau voordoet. Doorslaggevend daarbij is in hoeverre inwoners van een bepaald gebied op een aanvaardbare afstand van hun woonplaats in hun eerste levensbehoeften kunnen voorzien.¹¹²

Dat de gemeenteraad bij de vaststelling van een ruimtelijk plan zich niet door concurrentieverhoudingen mag laten leiden, brengt –zo zal hierna nog nader worden toegelicht- niet met zich dat de mededingingsnorm en de transparantieplichting niet van toepassing zijn in geval van

¹⁰⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 916, nr. 9, p. 13.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 28 916, nr. 28, p. 1 - 5.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 28 916, nr. 18, p. 1 -4.

¹⁰⁸ ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1352, *AB* 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier en B.W.N. de Waard.

¹⁰⁹ ABRvS 9 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3752, *Gst.* 2012/32, m.nt. J.M.H.F. Teunissen.

¹¹⁰ ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3248, *M en R* 2012/57, m.nt. Hillegers.

¹¹¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 9.

¹¹² ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192, *Gst* 2013/127, m.nt. J.W. van Zundert.

'bestemmingsschaarste'. Volgens Wolswinkel hebben het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke kansen in die situatie een eigen betekenis.¹¹³ En ook A-G Widdershoven meent dat de norm van een goede ruimtelijke ordening met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel moet worden toegepast. Als dit wordt nagelaten, dan wordt er onrechtmatig gehandeld.¹¹⁴

In dit verband is ook het bepaalde in artikel 3.1.6 Besluit ruimtelijke ordening van belang. De toelichting van een bestemmingsplan dat voorziet in een nieuwe stedelijke ontwikkeling dient een beschrijving te bevatten van de behoefte aan die ontwikkeling. In de situatie dat het bestemmingsplan ziet op een dienst als bedoeld in artikel 1 van de Dienstenwet mag het onderzoek naar die behoefte slechts tot doel hebben om na te gaan of de vestiging van die dienst in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening. Met de regeling, die bekend staat onder de naam ladder voor duurzame verstedelijking, wordt een zorgvuldige benutting van de beschikbare ruimte nagestreefd. Dit betekent onder meer dat overprogrammering en de negatieve ruimtelijke gevolgen van leegstand dienen te worden voorkomen.¹¹⁵

De hiervoor bedoelde verplichting om in de toelichting van een plan dat voorziet in een nieuwe stedelijke ontwikkeling de behoefte aan die ontwikkeling te beschrijven, geldt op grond van artikel 1.1.1. Besluit ruimtelijke ordening ook voor Rijksinpassings-, wijzigings- en uitwerkingsplannen.

Bij de vaststelling van een bestemmingsplan beschikt de gemeenteraad volgens vaste jurisprudentie over een ruime mate van beleidsvrijheid om bestemmingen aan te wijzen en regels te geven die zij uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht. De Afdeling toetst deze beslissingen terughoudend. De aanwezigheid van beleidsvrijheid veronderstelt de mogelijkheid om een bevoegdheid niet aan te wenden, ook als aan de voorwaarden voor aanwending van de bevoegdheid is voldaan.¹¹⁶ Bij de beoordeling van beroepschriften gaat zij na of de gemeenteraad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Verder beoordeelt zij op basis van de beroepsgronden of het bestreden besluit anderszins is voorbereid of genomen in strijd met het recht.¹¹⁷

4.1.3 Schaarste bij de vaststelling van ruimtelijke plannen

Verscheidene rechtsgeleerde auteurs hebben zich in het recente verleden uitgesproken over de vraag of de vaststelling van een ruimtelijk plan gepaard kan gaan met de verdeling van een schaars publiek recht.

In zijn conclusie bij de zaak Windpark Zeewolde stelt A-G Widdershoven dat een planologisch besluit dat territoriale of kwantitatieve schaarste kan creëren, zoals een bestemmingsplan, zelf geen schaars besluit is, omdat voor de vaststelling geen kwantitatieve beperkingen gelden. Onder heel bijzondere omstandigheden, zou dit voor een wijzigingsplan anders kunnen liggen. Widdershoven doelt daarbij op het 'one-in-one-out-systeem'. Binnen een dergelijk systeem mag het aantal bestaande detailhandels-, dienstverlenings- of horecavoorzieningen in een bepaald gebied niet toenemen, maar mogen die functies zich binnen dat gebied wel verplaatsen zolang het maximum per functie niet wordt overschreden. Uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 24 november 2010 blijkt dat de Afdeling een dergelijk systeem aanvaardbaar vindt als aan de verplaatsing van de hiervoor genoemde voorzieningen een beoordeling van het bevoegd gezag voorafgaat.¹¹⁸ Daarin kan worden voorzien, door de toestemming voor de verplaatsing afhankelijk te maken van een binnenplanse afwijkingsbevoegdheid of een bestemmingswijziging.

¹¹³ Wolswinkel *SEW* 2018/7-8.

¹¹⁴ Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, *AB* 2019/111, m.nt. C.J. Wolswinkel.

¹¹⁵ Besluit van 21 april 2017 tot wijziging van het Besluit ruimtelijke ordening in verband met de aanpassing van de ladder voor duurzame verstedelijking.

¹¹⁶ L.J.A. Damen, annotatie bij ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3938, *AB* 2012/289.

¹¹⁷ ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3665.

¹¹⁸ ABRvS 24 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4872.

Een verdeling van een schaars publiek recht is volgens A-G Widdershoven ook aan de orde, wanneer een zonebeheerplan of een geluidverdeelplan voor een gezoneerd industrieterrein als onderdeel van het bestemmingsplan wordt vastgesteld. In deze situatie wordt er een regeling in het bestemmingsplan opgenomen waarbij, op basis van een in het plan opgenomen wijzigingsbevoegdheid, een andere verdeling van de geluidsruimte wordt mogelijk gemaakt. Dit gebeurt dan onder de voorwaarde dat de wijziging niet mag leiden tot een overschrijding van de geluidbelasting op de zonegrens.¹¹⁹

De visie van Drahmman sluit hierop aan. Uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 12 april 2017¹²⁰ leidt zij af dat bestemmingsplannen en omgevingsvergunningen niet schaars zijn. Ze wijst er daarbij op dat er normaliter geen maximum is gesteld aan het aantal omgevingsvergunningen dat in een bepaald gebied kan worden verleend; dit zou ook voor bestemmingsplannen gelden.¹²¹ Ze onderkent echter dat een bestemmingsplan wel schaarste creëert, wanneer zij één schaarse activiteit toestaat. Ze sluit niet uit dat de verplichting om mededingingsruimte te creëren ook in die situatie zou kunnen gaan gelden.¹²²

Ook Struiksmā en Dieperink menen dat via een bestemmingsplan geen schaarse rechten worden verdeeld. In hun visie creëert het bestemmingsplan een recht op zelfrealisatie. Omdat alleen de eigenaar daar aanspraak op kan maken, kan van een situatie waarin de vraag het aanbod overtreft geen sprake zijn.¹²³

Wolswinkel verdedigt een andersluidende opvatting. Hij meent dat de vaststelling van een bestemmingsplan neer kan komen op een beperking van mededingingsruimte voor schaarse rechten in de situatie dat via de vaststelling het aantal locaties wordt beperkt waar een bepaalde activiteit kan worden verricht.¹²⁴

Tot op heden heeft de Afdeling bestuursrechtspraak zich niet (ondubbelzinnig) uitgelaten over de vraag of bij de vaststelling van een ruimtelijk plan schaarse publieke rechten kunnen worden verdeeld.

In haar uitspraak van 19 december 2018 liet de Afdeling bestuursrechtspraak de opvatting van A-G Widdershoven, dat een bestemmingsplan, een provinciaal of rijksinpassingsplan en een provinciale ruimtelijke verordening geen besluiten zijn die schaarse rechten toebedelen, onbesproken.¹²⁵ En in de uitspraak van 4 december 2019 (Bestemmingsplan en Dienstenrichtlijn Duiven) stelde de Afdeling bestuursrechtspraak vast dat het bestemmingsplan zelf niet een schaars recht creëert. De motivering van dit standpunt is voor de beantwoording van de probleemstelling van deze scriptie niettemin interessant.

Het –in deze uitspraak- in het geding zijnde bestemmingsplan voorzag in regels over de uitbreiding en nieuwvestiging van supermarkten voor een gebied waar op dat moment vestigingen aanwezig waren van Albert Heijn, Lidl en de Jumbo. In beroep werd aangevoerd dat de raad schaarste heeft gecreëerd, omdat uitbreiding mogelijk is gemaakt door middel van een afwijkingsbevoegdheid en de beperkte uitbreidingsruimte (600 m²) in beginsel door meerdere partijen kan worden geclaimd. Deze uitbreidingsruimte kon, door de strikte voorwaarden die in deze planologische regeling aan de uitbreiding van een supermarkt waren verbonden, feitelijk echter alleen ten goede komen van de Albert Heijn.

¹¹⁹ Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, AB 2019/111, m.nt. C.J. Wolswinkel.

¹²⁰ ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1028.

¹²¹ Drahmman, *TBR* 2017/156.

¹²² Drahmman, *Gst* 2017/55.

¹²³ Struiksmā & Dieperink 2011, p. 122.

¹²⁴ Wolswinkel, *TO* 2018/3.

¹²⁵ ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (Windpark Zeewolde).

De Afdeling bestuursrechtspraak stelde vast dat de toedeling van de uitbreidingsruimte aan Albert Heijn niet een gevolg is van een bij het bestemmingsplan gemaakte keuze uit een aantal in gelijke mate in aanmerking komende locaties, maar het gevolg is van de specifieke eigenschappen van de onderscheiden locaties; eigenschappen die bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of een locatie planologisch geschikt is voor uitbreiding.¹²⁶

In haar uitspraak van 15 april 2020 lijkt de Afdeling Bestuursrechtspraak voor het eerst te erkennen dat de vaststelling van een ruimtelijk plan gepaard kan gaan met de verdeling van een schaars publiek recht. Daarin overwoog zij dat het bestemmingsplan 'Winkeldiversiteit Centrum' zelf niet een schaars recht is 'in die zin dat het plan een bepaald maximum stelt aan het aantal gronden en bouwwerken die ten behoeve van een toeristenwinkel mogen worden geëxploiteerd.'

De uitspraak heeft betrekking op het bestemmingsplan "Winkeldiversiteit Centrum" van de gemeenteraad van Amsterdam. Met het plan wil de gemeenteraad voorkomen dat het winkelaanbod in het centrum verder wordt toegesneden op dagjesmensen en toeristen. Daartoe voorziet het plan in een bevestiging van het aantal detailhandelsvestigingen in de toeristenbranche.¹²⁷

4.1.4 Semantische kwestie?

Uit paragraaf 4.1.3 lijkt te volgen dat er binnen de rechtsgeleerde literatuur principieel verschillend wordt gedacht over het antwoord op de vraag of de vaststelling van een ruimtelijk plan een besluit is waarmee schaarse rechten worden verdeeld. De realiteit is genuanceerder.

In zijn veelbesproken conclusie stelt A-G Widdershoven weliswaar dat een ruimtelijk plan zelf geen schaars besluit is, maar tegelijkertijd geeft hij aan dat de norm van een goede ruimtelijke ordening wel conform het gelijkheidsbeginsel, de basis van de mededingingsnorm, moet worden toegepast. Daarbij stelt hij vast dat het onrechtmatig is om burgers, die zich op het punt van een goede ruimtelijke ordening in een gelijke situatie bevinden, geen gelijke kansen te bieden.¹²⁸

En door Wolswinkel is weliswaar gepleit voor de erkenning dat de vaststelling van een bestemmingsplan kan neerkomen op een beperking van mededingingsruimte voor schaarse rechten, maar hij heeft ook aangegeven dat de uitgangspunten van gelijke behandeling (gelijke kansen) en transparantie naar zijn mening in geval van 'bestemmingsschaarste' een eigen betekenis hebben. Dit betekent bijvoorbeeld dat op een andere wijze, dan via de eis van een passende mate van openbaarheid van de beschikbaarheid van het publieke recht, de verdelingsprocedure en het aanvraagtijdstip, betekenis moet worden gegeven aan het transparantievereiste.¹²⁹

4.2 Schaarste onder de Omgevingswet

In 2010 besloot het toenmalige kabinet Rutte 1 tot een bundeling en vereenvoudiging van het omgevingsrecht.¹³⁰ Het voorstel voor de Omgevingswet werd op 11 juli 2015 aangenomen door de Tweede Kamer en op 22 maart 2016 door de Eerste Kamer aanvaard.

In 2012 constateerde Drahmman dat bestemmingsplannen en vergunningstelsels steeds vaker plafonds kennen. Om die reden heeft ze er voor gepleit om in de Omgevingswet een regeling op te nemen voor een transparante verdeling van publieke schaarse rechten.¹³¹ Deze paragraaf beschrijft in hoeverre de wetgever aan dit advies gehoor heeft gegeven. Daarbij besteed ik in het bijzonder aandacht aan het omgevingsplan. Deze paragraaf wordt ingeleid met een korte schets van het toekomstige omgevingsrecht.

¹²⁶ ABRvS 4 december 2019, ECLI: NL:RVS:2019:4101 (Bestemmingsplan en Dienstenrichtlijn Duiven).

¹²⁷ ABRvS 15 april 2020, ECLI: NL:RVS:2020:1075 (Bestemmingsplan Winkeldiversiteit Centrum Amsterdam).

¹²⁸ Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, AB 2019/111, m.nt. C.J. Wolswinkel.

¹²⁹ Wolswinkel, *SEW* 2018/7-8.

¹³⁰ Rutte & Verhagen 2010, p. 29.

¹³¹ Drahmman, *BR* 2012/161

4.2.1 Nieuwe regels voor de fysieke leefomgeving

De invoering van de Omgevingswet wordt wel de grootste wetgevingsoperatie sinds de vernieuwing van de Grondwet in 1848 genoemd. De invoering van de wet houdt verband met de wens meer rekening te houden met de samenhang tussen de opgaven in de fysieke leefomgeving, met knelpunten in het huidige omgevingsrecht, een behoefte aan inzichtelijke regelgeving en snelle, samenhangende besluitvorming over initiatieven.¹³²

Het huidige omgevingsrecht bestaat uit tientallen wetten, AMvB's en ministeriële regelingen met regels over ruimte, wonen, infrastructuur, milieu, natuur en water. Al die regelingen kennen eigen uitgangspunten, werkwijzen en eisen. Het omgevingsrecht is daardoor complex. Onder het nieuwe omgevingsrecht worden die regels gebundeld in 1 wet, 4 AMvB's en 1 ministeriële regeling.

Uit artikel 1.3 van de Omgevingswet volgt dat de wet gericht is op:

- a. het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit, ook vanwege de intrinsieke waarde van de natuur, en
- b. het doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke behoeften.

De Omgevingswet telt zes kerninstrumenten, namelijk de omgevingsvisie, het programma, decentrale regelgeving (het omgevingsplan van de gemeente, de waterschapsverordening van het waterschap en de omgevingsverordening van de provincie), algemene regels, de omgevingsvergunning en het projectbesluit.

De omgevingsvisie is een visiedocument waarin Rijk, provincies en gemeenten hun strategische keuzes voor de fysieke leefomgeving vastleggen. Het beleid voor de fysieke leefomgeving wordt er integraal in omschreven. Bij de operationalisering van doelen uit de omgevingsvisies vervullen programma's een belangrijke rol. Een programma bevat een pakket aan beleidsvoornemens en maatregelen waarmee omgevingswaarden of doelen in de fysieke leefomgeving kunnen worden bereikt en daaraan blijven voldoen.

Uitgangspunt in de Omgevingswet is dat decentrale overheden hun regels over de fysieke leefomgeving bundelen in één gebiedsdekkende regeling. Voor gemeenten gaat het daarbij om het omgevingsplan, terwijl provincies en waterschappen daarvoor een verordening gaan gebruiken. Het omgevingsplan krijgt hierdoor een veel bredere strekking dan het bestemmingsplan nu heeft.

Daar waar de bescherming van de fysieke leefomgeving dit eist, stelt het Rijk in het nieuwe stelsel bij voorkeur algemene regels vast. Hiermee wordt voorkomen dat burgers en bedrijven steeds toestemming moeten vragen van de overheid. Wanneer wel vergunningen nodig zijn, geldt het uitgangspunt één loket, één bevoegd gezag en één besluit.

Het projectbesluit tenslotte, strekt tot wijziging van het omgevingsplan zodat een project kan worden gerealiseerd en in stand gehouden. Het projectbesluit vervangt onder meer het inpassingsplan uit de Wet ruimtelijke ordening en voorziet in een modus voor het Rijk, een provincie of een waterschap om een invulling te geven aan verantwoordelijkheden. Gemeenten kunnen geen projectbesluit nemen.

4.2.2 Verdeling bij schaarste

De memorie van toelichting behorende bij de Omgevingswet refereert op verschillende plekken aan schaarste. Dat is niet vreemd. Het bereiken en in stand houden van een goede omgevingskwaliteit, c.q. het gebruiken van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke behoeften vergt het toedelen van schaarse ruimte aan maatschappelijke functies.

Afdeling 19.5 van de Omgevingswet voorziet in een regeling voor situaties van schaarste. Deze regeling ziet echter niet op de verdeling van schaarse publieke rechten, maar geeft regels voor schaarste die

¹³² *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 11.

door bijzondere omstandigheden (zoals een natuurramp of een zeer ernstige economische crisis) ontstaat.¹³³

De Omgevingswet biedt verschillende invalshoeken voor de manier waarop het bevoegd gezag met schaarste in het omgevingsplan kan omgaan.

Van een 'goede ruimtelijke ordening' naar een 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties'

Uit artikel 4.2 van de Omgevingswet volgt dat het omgevingsplan voor het gehele grondgebied van de gemeente in ieder geval de regels bevat die nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Het criterium 'evenwichtig toedeling van functies aan locaties' heeft een bredere strekking dan het in de Wet ruimtelijke ordening gebedigde criterium 'goede ruimtelijke ordening'. Functies kunnen onder de Omgevingswet niet alleen vanuit ruimtelijke ordeningsperspectief aan de grond worden toegekend, maar bijvoorbeeld ook vanwege de gewenste zorg voor monumenten.¹³⁴ Een evenwichtige toedeling van functies aan locaties in het omgevingsplan kan worden bereikt, door activiteiten onderling evenwichtig over locaties te reguleren. Dit impliceert een locatiegerichte benadering waarbij de schaarse ruimte binnen de fysieke leefomgeving op een zo goed mogelijke wijze wordt verdeeld, ingericht en benut. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties moeten alle regels in het omgevingsplan worden betrokken.¹³⁵

Verdeling van gebruikruimte

In paragraaf 3.3 van de nota van toelichting behorende bij het Besluit kwaliteit leefomgeving wordt stil gestaan bij de mogelijkheid om via het omgevingsplan te sturen op de verdeling van gebruikruimte. Gebruikruimte wordt daar gedefinieerd als de binnen een gebied aanwezige juridische ruimte voor (de gevolgen van) activiteiten in de fysieke leefomgeving.

In een omgevingsplan kunnen regels worden opgenomen voor het planmatig combineren van aanspraken op gebruikruimte. Bijvoorbeeld door die gebruikruimte in het omgevingsplan van een plafond te voorzien en vervolgens, al dan niet via een vergunningstelsel, te verdelen. In de nota van toelichting van het Besluit kwaliteit leefomgeving wordt er daarbij op gewezen dat de normen die in de jurisprudentie zijn aanvaard met betrekking tot de verdeling van schaarse publieke rechten ook kunnen gelden bij de verdeling van schaarse gebruikruimte. Dat heeft dan tot gevolg dat het bevoegd gezag een passende mate van openbaarheid moet betrachten ten aanzien van de beschikbaarheid van de gebruikruimte, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de criteria die bij de verdeling worden toegepast.¹³⁶

Vergunningstelsel

In het omgevingsplan kan een vergunningplicht in het leven worden geroepen voor alle daarin opgenomen regels die bijdragen aan de doelen van de wet. Een vergunningstelsel bestaat uit een verbod om zonder vergunning bepaalde activiteiten te ontplooiën. Een dergelijk vergunningstelsel kan worden ingezet om schaarse publieke rechten, zoals (milieu-)gebruikruimte, of een maximale hoeveelheid parkeer- of standplaatsen, te verlenen.

Het recht stelt eisen aan de verdeling van schaarse publieke rechten. De memorie van toelichting behorende bij de Invoeringswet Omgevingswet merkt in dit verband op dat in het omgevingsplan geen procedurele bepalingen kunnen worden opgenomen. De consequentie daarvan is dat niet kan worden voorzien in een wachtlijst, waar aanvragen –in afwachting van het moment waarop er weer rechten beschikbaar komen– kunnen worden geparkeerd. De beslissing op de aanvraag kan, gelet op artikel 4:15, tweede lid Algemene wet bestuursrecht, wel met instemming van de aanvrager worden opgeschort tot het moment waarop er weer ruimte beschikbaar is.¹³⁷

¹³³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr.3, p. 252, 596.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 139.

¹³⁵ *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 59.

¹³⁶ Besluit van 3 juli 2018, houdende regels over de kwaliteit van de fysieke leefomgeving en de uitoefening van taken en bevoegdheden (Stbl. 2018, 292), p. 252 - 261.

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 62 – 63.

5. Conclusies en aanbevelingen

De uitspraken Speelautomatenhal Vlaardingen en Windpark Zeewolde van de Afdeling bestuursrechtspraak hebben een belangrijke bijdrage geleverd aan het leerstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten. Niet alle rechtsvragen werden daarmee beantwoord.

In deze scriptie staat de vraag centraal of de vaststelling van een ruimtelijk plan onder omstandigheden als een besluit kan worden aangemerkt waarbij schaarse publieke rechten worden toegedeeld en, zo ja, wat daarvan dan de betekenis is.

In dit hoofdstuk ga ik achtereenvolgens in op de grondslagen voor en de eisen die het recht stelt aan de verdeling van schaarse publieke rechten (paragraaf 5.1), op de vraag of de vaststelling van een ruimtelijk plan tot de verdeling van een schaars publiek recht kan leiden (paragraaf 5.2) en op de consequenties voor het omgevingsrecht (paragraaf 5.3). Ik sluit af met enkele aanbevelingen (paragraaf 5.4).

5.1 Grondslagen voor en eisen aan de verdeling van schaarse publieke rechten

Zowel het nationale als het Unierecht bevatten grondslagen voor en stellen eisen aan de verdeling van schaarse publieke rechten. Voor de beantwoording van de probleemstelling uit deze scriptie zijn, voor wat het Unierecht betreft, in het bijzonder de artikelen 49 en 56 VWEU en de Dienstenrichtlijn van belang.

In het Nederlandse bestuursrecht ontbreekt een algemene wettelijke regeling voor het verdelen van schaarse publieke rechten. Voor een aantal specifieke gevallen heeft de bijzondere wetgever een regeling getroffen. In alle andere gevallen bestaat het toetsingskader uit jurisprudentie van onze hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges. In die jurisprudentie worden de eisen voor de verdeling van schaarse publieke rechten afgeleid van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

Wat opvalt dat is dat de van toepassing zijnde rechtsnormen in overwegende mate op jurisprudentie zijn gebaseerd, dat de oplossingsrichting weliswaar steeds dezelfde is, maar dat –al naar gelang het van toepassing zijnde kader– er ook verschillen bestaan, tussen de eisen die er in het recht worden verbonden aan de verdeling van schaarse publieke rechten.

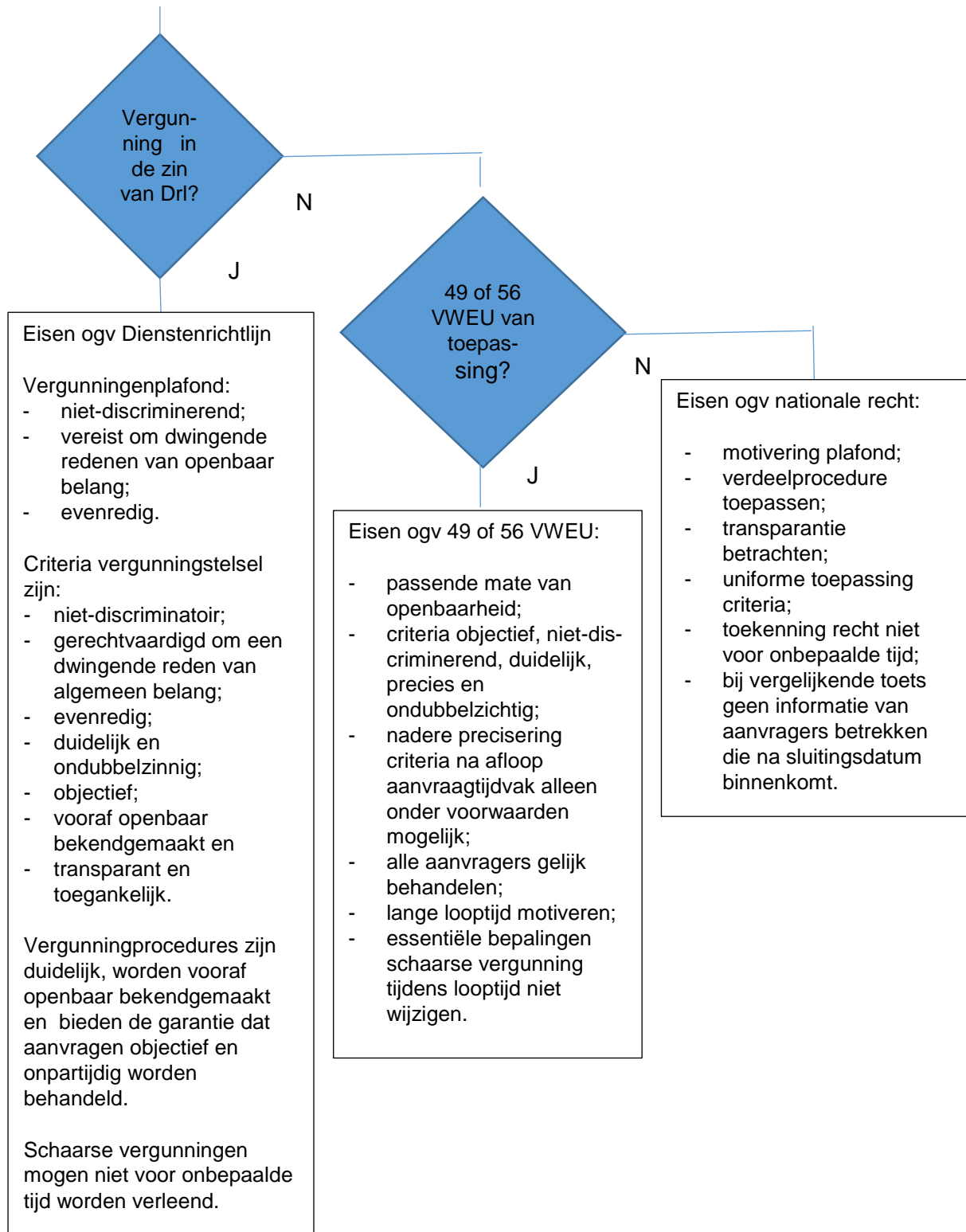
Zo lijkt er voor vergunningstelsels die onder de Dienstenrichtlijn vallen en waarvoor geldt dat het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door dwingende redenen van algemeen belang, geen ruimte om vergunningen voor onbepaalde tijd te verlenen, terwijl het Hof van Justitie voor vergelijkbare vergunningstelsels die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen (maar wel onder de werking van artikel 49 of 56 VWEU) een motivering verlangt wanneer vergunningen voor langere tijd verleend worden. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak accepteert onder voorwaarden vergunningen die voor onbepaalde tijd worden verleend.

Verder lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak een schending van de norm dat mededingingsruimte moet worden geboden alleen te aanvaarden als de mededingingsruimte wordt beperkt in een wettelijk voorschrift, mits die beperking kenbaar heeft plaatsgevonden en niet resulteert in volledige uitsluiting van mededingingsruimte, terwijl het Hof van Justitie alleen specifieke, op de verdeling toegespitste uitzonderingen kent, zoals dwingende spoed of uniciteit van dienstverrichters.

De signaleerde verschillen bij de toepassing van de hiervoor onderscheiden mededingingskaders roepen de vraag op wanneer welk kader van toepassing is. Voor de beantwoording van die vraag zijn relevant:

- a. het voorrangsbeginsel, waaruit volgt dat het recht van de Europese Unie voorrang heeft boven daarmee strijdig recht van de lidstaten;
- b. de Tedeschi-regel, waaruit blijkt dat wanneer een richtlijn voorziet in volledige harmonisatie, zoals bij de Dienstenrichtlijn is gebeurd, niet meer getoetst dient te worden aan de verdragsbepalingen.

Dit betekent dat in voorkomende gevallen eerst nagegaan dient te worden of de verdeling van een schaars publiek recht onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt. De Dienstenrichtlijn is van toepassing op de diensten van dienstverrichters die in een lidstaat zijn gevestigd. Onder een dienst verstaat de Dienstenrichtlijn elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt. Niet alle diensten vallen onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn.



Figuur 1 Eisen aan de verdeling van schaarse publieke rechten

Artikel 2, lid 2 van de Dienstenrichtlijn zondert daarvan onder meer uit niet-economische diensten van algemeen belang, financiële diensten, diensten op het gebied van vervoer, uitzendbureaus, diensten van de gezondheidszorg en gokactiviteiten. Voor deze categorieën van activiteiten is de op de artikelen 49 en 56 VWEU gebaseerde jurisprudentie van het Hof van Justitie over de verdeling van schaarse publieke rechten van belang. De artikelen 49 en 56 VWEU zijn in beginsel echter niet van toepassing in zuiver interne situaties.

Voor de gevallen waarin de Dienstenrichtlijn toepassing mist en die evenmin worden bestreken door de reikwijdte van de artikelen 49 en 56 VWEU, geldt dat getoetst moet worden aan het nationale kader voor de verdeling van schaarse publieke rechten. Figuur 1 bevat een overzicht van de eisen die aan de verdeling van schaarse publieke rechten worden gesteld en die mogelijk van betekenis zijn bij de verdeling van schaarste via de vaststelling van ruimtelijke plannen.

5.2 Schaarste bij de vaststelling van ruimtelijke plannen

Uit het arrest Appingedam blijkt dat een bestemmingsplan niet als een ‘vergunning’ in de zin van de Dienstenrichtlijn kan worden aangemerkt, waardoor de eisen die de Dienstenrichtlijn aan vergunningen stelt, buiten toepassing konden blijven. Het Hof van Justitie classificeerde de planregels wel als een eis als bedoeld in artikel 15, lid 2 van de richtlijn. De Dienstenrichtlijn staat die eisen alleen toe als zij niet discrimineren, vereist zijn om dwingende redenen van algemeen belang en evenredig zijn.

De vraag of de uit de artikelen 49 en 56 voortvloeiende transparantieplichting ook geldt bij de vaststelling van een ruimtelijk plan waarbij ‘planologische’ schaarste wordt verdeeld, is door het Hof van Justitie nog niet beantwoord. Uit de overweging van het Hof van Justitie in het arrest *Betfair* dat de transparantieplichting ‘een dwingende prealabele voorwaarde is van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten’, ontleen ik de verwachting dat het Hof van Justitie op termijn wel in die zin zal besluiten.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft zich tot nu toe evenmin (expliciet) uitgelaten over de vraag of bij de vaststelling van een ruimtelijk plan schaarse publieke rechten kunnen worden verdeeld. In de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak, de literatuur en de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de Omgevingswet c.a. heb ik echter aanknopingspunten gevonden, die er op wijzen dat die vraag bevestigend beantwoord gaat worden.

Ik merk in dit verband op dat de Afdeling Bestuursrechtspraak bij de uitspraak *Windpark Zeewolde* de visie van A-G Widdershoven niet integraal tot de hare heeft gemaakt. Hierin zou een verwerping kunnen worden gelezen van zijn stelling dat een bestemmingsplan, een provinciaal of rijksinpassingsplan en een provinciale ruimtelijke verordening geen besluiten zijn die schaarse rechten toebedelen. Ook in de haar uitspraak van 15 april 2020 stelt de Afdeling Bestuursrechtspraak vast dat het plan (‘Winkeldiversiteit Centrum’) zelf niet een schaars recht creëert. Uit deze uitspraak kan echter worden afgeleid dat daarvan wel sprake kan zijn, wanneer een ruimtelijk plan en maximum stelt aan het aantal gronden en bouwwerken dat voor een bepaald doel kan worden gebruikt, c.q. bebouwd.

Uit de uitspraak *Bestemmingsplan en Dienstenrichtlijn Duiven* blijkt dat, de gemeenteraad bij de vaststelling van een ruimtelijk plan niet gebonden is aan het gelijkheidsbeginsel/transparantiebeginsel, indien de beperkende voorwaarden in de bestemmingsregeling regeling zijn terug te voeren op ruimtelijke motieven.

In de rechtsgeleerde literatuur heeft Johan Wolswinkel betoogd dat de vaststelling van een bestemmingsplan neer kan komen op een beperking van mededingingsruimte voor schaarse rechten. Ik onderschrijf zijn visie. Naar mijn mening kan de vaststelling van een bestemmingsplan direct of indirect (via een wijzigings- of uitwerkingsbevoegdheid) leiden tot de verdeling van schaarse publieke rechten. En omdat een inpassingsplan zich in niets onderscheidt van een bestemmingsplan geldt daarvoor hetzelfde. Daarbij is het volgende van belang.

Schaarste vloeit vaak voort uit beleidsmotieven. Zo is in de gemeente Enschede het maximum aantal head-, grow- en smartshops via een beleidsregel aan een maximum (van 5) gebonden.¹³⁸ Vaak zijn er in dit soort situaties meer locaties geschikt voor deze functies dan het aantal locaties dat daadwerkelijk daarvoor wordt bestemd. Daarbij komt het met regelmaat voor dat het aantal aanvragers of gegadigden het aantal beschikbare rechten overstijgt. Er is dan sprake van schaarste.

In de hiervoor geschetste gevallen dient degene die de betreffende activiteit wenst te ontplooiën, vaak niet alleen te beschikken over een pand met een passende, maar ook over een vergunning. De verdeling van het schaarse publieke recht loopt dan via dat vergunningstelsel, of via de vaststelling van een bestemmingsplan, of een ander besluit waarmee de strijd met het bestemmingsplan kan worden opgeheven, zoals de wijziging van een bestemmingsplan, of een omgevingsvergunning voor gebruik in strijd met het bestemmingsplan.

Binnen afzienbare tijd treedt de Omgevingswet in werking. Onder de Omgevingswet worden gemeenten geacht hun regels over de fysieke leefomgeving zoveel mogelijk te bundelen in het omgevingsplan, dat hierdoor een veel bredere strekking krijgt dan het bestemmingsplan nu heeft. In het omgevingsplan komen daarom niet alleen regels voor waarmee functies aan locaties worden toebedeeld, maar ook regels die nu onderdeel uitmaken van bijvoorbeeld de Algemene plaatselijke verordening, de Kapverordening, de Parkeerverordening of de Bouwverordening.

De hiervoor gebruikte argumentatie voor de vaststelling van een bestemmingsplan, gaat ook op bij de vaststelling van een omgevingsplan; ook de toedeling van een functie aan een locatie kan neerkomen op de verdeling van een schaars publiek recht. Onder de Omgevingswet kan schaarste verder ontstaan door in een omgevingsplan vergunningstelsels op te nemen met een vergunningenplafond. Bijvoorbeeld voor het in gebruik nemen van een standplaats, parkeerplaats, ligplaats of terras. Hetzelfde geldt voor de situatie dat er in het omgevingsplan regels worden opgenomen voor het planmatig combineren van aanspraken op gebruikruimte. Ook daarbij kan de verdeling van een schaars publiek recht aan de orde zijn.

5.3 Consequenties voor het omgevingsrecht

De constatering dat een ruimtelijk plan, direct of indirect, kan leiden tot de verdeling van een schaars publiek recht heeft consequenties voor het omgevingsrecht. De vraag die zich daarbij aandient, dat is of de hiervoor in paragraaf 5.1 beschreven normen onverkort kunnen worden toegepast of dat de aard van het omgevingsrecht zich daartegen verzet. Dat geldt in het bijzonder voor de eis dat de looptijd van het schaarse publieke recht dient te worden begrensd, indien er sprake is van een economische activiteit.

De ratio van die eis is evident. Wanneer een schaars publiek recht voor onbepaalde tijd wordt verleend, wordt de toetreding tot de markt voor anderen voor onbepaalde tijd geblokkeerd. Daar staat tegenover dat de looptijd ook niet onevenredig kort kan zijn. Als een ondernemer zijn investering binnen de vergunde periode niet kan terugverdienen met een redelijk rendement, dan zal hij die markt evenmin betreden.

Voor de toepassing van deze eis bij de vaststelling van ruimtelijke plannen voorzie ik twee problemen. Allereerst stel ik vast dat de investeringen die volgen op de vaststelling van een ruimtelijk plan aanzienlijk kunnen zijn en de terugverdientijden navenant lang. Een ondernemer die overweegt om een standplaats in te nemen op een lokale markt, maakt andere afwegingen dan de ondernemer die overweegt planologische medewerking te vragen voor de realisatie van een bouwmarkt. Verder merk ik op dat de Wet ruimtelijke ordening weliswaar voorziet in de mogelijkheid van de opname van een voorlopige bestemming (artikel 3.2 Wro), maar deze kan slechts voor maximaal 5 jaar worden verleend. Van belang is ook dat onder de Omgevingswet het instrument van de voorlopige bestemming niet terugkeert.

¹³⁸ Burgemeester van Enschede, *Beleidsregels Grow-, smart- en headshops*, 17 december 2013.

Voor een begrenzing van de looptijd van het publieke schaarse recht zal daarom bij de vaststelling van een ruimtelijk plan in veel gevallen geen ruimte zijn. Principiële bezwaren tegen de toepassing van de overige, in paragraaf 5.1 genoemde normen, zie ik niet.

In paragraaf 5.2 heb ik uiteengezet wanneer welke normen van toepassing. Daarbij dient, zoals gezegd, onderscheid te worden gemaakt tussen de situaties waarin de Dienstenrichtlijn, de artikelen 49 en 56 VWEU, dan wel de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak (of het CBb) van toepassing zijn.

In de gevallen waarin planregels als een eis in de zin van artikel 15, lid 2 van de Dienstenrichtlijn kunnen worden gekwalificeerd, zal in de (plan)toelichting moeten worden gemotiveerd dat de regels niet discriminerend, noodzakelijk en evenredig zijn. Dit geldt zowel voor het bestemmingsplan als het omgevingsplan.

Op een in een omgevingsplan op te nemen vergunningstelsel kunnen de bepalingen van de Dienstenwet en de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn. Dit stelt eisen aan de vergunningsvoorwaarden, de vergunningsduur, de vergunningprocedure en dit kan eisen stellen aan de te hanteren selectieprocedure.

De eisen die het Hof van Justitie, respectievelijk de Afdeling bestuursrechtspraak stelt aan de verdeling van schaarse publieke rechten komen goeddeels op hetzelfde neer, namelijk:

- potentiële gegadigden in de gelegenheid stellen om mee te dingen naar het publieke schaarse recht door op een passende manier bekendheid te geven aan de beschikbaarheid van het recht, de verdelingsprocedure en de criteria die bij de verdeling zullen worden toegepast;
- het gebruik van objectieve, niet-discriminerende, duidelijke en ondubbelzinnige criteria voor de selectie van een gegadigde;
- gelijke behandeling van de potentiële gegadigden.

5.4 Aanbevelingen

Aan het leerstuk van de schaarse publieke rechten ligt een eenvoudig idee ten grondslag. Als een overheid iets te verdelen heeft dat beperkt beschikbaar is, maar waardevol voor een breder publiek, dan is zij gehouden om alle gegadigden, zonder onderscheid des persoons, daar naar mee te laten dingen.

Wat de juridische situatie complex maakt, dat is dat er zowel binnen het Europese als het nationale recht rechtsnormen zijn ontwikkeld voor de verdeling van schaarse publieke rechten, dat dit recht in overwegende mate op jurisprudentie is gebaseerd, dat de oplossingsrichting weliswaar steeds dezelfde is, maar de eisen die aan de verdeling van schaarse publieke rechten worden verbonden –al naar gelang het van toepassing zijnde kader- op onderdelen verschillen.

Het vraagstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten speelt in verschillende delen van het Nederlandse bestuursrecht. De Algemene wet bestuursrecht moet het tot op heden echter zonder algemene regeling voor de verdeling van schaarse publieke rechten doen, hoewel verschillende rechtsgeleerde auteurs daarvoor inmiddels een pleidooi hebben gehouden.¹³⁹ Ook de Omgevingswet zal daarin niet voorzien.

In 2014 publiceerde ReNEUAL, een netwerk van Europese wetenschappers, de zogenaamde Modelregels; een voorstel voor wat een algemene Europese wet bestuursrecht genoemd zou kunnen worden. Deze Modelregels voorzien in regels voor de verdeling van schaarse publieke rechten. Onze nationale wetgever zou er goed aan doen, om daar kennis van te nemen, omdat deze regels haar wellicht kunnen inspireren tot opname van een algemene regeling in de Algemene wet bestuursrecht. Dit zou de toegang tot en de kenbaarheid van het recht vergroten, willekeur kunnen bestrijden, het recht kunnen systematiseren en –meer in het algemeen- de kwaliteit van het recht kunnen bevorderen.

¹³⁹ Zie onder andere Van Ommeren 2004, p. 77, Drahmman 2015, p. 357 en Widdershoven 2019, p. 464.

Literatuur

Van der Burg & Voermans 2015

F.H. van der Burg & W.J.M. Voermans, *Unierecht in de Nederlandse rechtsorde*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017

P.J.J. van Buuren, A.G.A. Nijmeijer & J. Robbe, *Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Damme 2016

E. van Damme, 'Waarom doceren wij ouderwetse economie?', in: L. Bovenberg e.a. (red.), *Economieonderwijs. Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde. Preadviezen 2016*, Amsterdam: Economisch statistische berichten 2016.

Drahmann, BR 2012/161

A. Drahmann, 'De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht', *BR* 2012/161.

Drahmann, NTB 2012/25

A. Drahmann, 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het Betfair-arrest.', *NTB* 2012/25.

Drahmann JBplus 2013/3

A. Drahmann, 'Is transparantie bij de verlening van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?', *JBplus* 2013/3, afl. 3, p. 148.

Drahmann 2015

A. Drahmann, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer, 2015.

Drahmann, Gst 2017/55

A. Drahmann, 'Hoe kan een gemeente gelijke kansen bieden bij de verdeling van schaarse vergunningen?', *Gst* 2017/55, p. 294 – 297.

Drahmann, TBR 2017/156

A. Drahmann, 'Gelijke kansen bij het verlenen van schaarse vergunningen in het omgevingsrecht', *TBR* 2017/156, 1050 – 1060.

Koops & Heins, AD 26 november 2018

H. Koops & A. Heins, 'Kooplui vrezen voor voortbestaan van de Apeldoornse markt', *AD* 26 november 2018.

Kwast, TO 2018/3

O. Kwast, 'Economie en omgevingsrecht: schaarse vergunningen voor natuurlijke schaarste', *TO* 2018/3, p. 140 – 148.

Van Ommeren 2004

F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel NJB 2011/28

F. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', *NJB* 2011/28, p. 1858 – 1868.

Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2013

F. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, *Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk*, Den Haag: Boom Juridische uitgever 2013.

Van Ommeren & Wolswinkel NJB 2014/23

F.J. van Ommeren & C.J. Wolswinkel, 'Naar een Algemene wet bestuursrecht voor de EU', *NTB* 2014/23, p. 189-196

Prechal e.a. 2017

S. Prechal e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

Van Rijn van Alkemade 2016

J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten (diss. Leiden)*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

Rutte & Verhagen 2010

M. Rutte & M.J.M. Verhagen, *Vrijheid en verantwoordelijkheid. Regeerakkoord VVD-CDA*. Geraadpleegd op www.rijksoverheid.nl/documenten.

Schlössels & Zijlstra 2016

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Onderwijseditie bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Steyger 2008

E. Steyger, 'De implementatie van de Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', *NTB* 2008/1.

Struiksma 2008

J. Struiksma, *Het systeem van het ruimtelijke ordeningsrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2008.

Struiksma & Dieperink 2011

J. Struiksma & M.A.M. Dieperink, 'Schaarse rechten en het ruimtelijke beleid', in F. J. van Ommeren, W. den Ouden, & C. J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten (pp. 115-132)*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Verhallen 1982

T.M.M. Verhallen, 'Schaarste en economisch gedrag', in: K. A. Soudijn (red.), *Psychologisch onderzoek in perspectief*, Lisse: Swets & Zeitlinger 1982.

Wieland 2017

J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgever 2017.

Widdershoven 2019

R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb binnen het Unierecht: geen rustig bezit', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 459-468.

Wolswinkel 2013

C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgever 2013.

Wolswinkel NTB 2014/7

C.J. Wolswinkel. 'Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd', *NTB* 2014/7, afl. 2.

Wolswinkel, TO 2018/3

C.J. Wolswinkel, 'Schaarse rechten in het omgevingsrecht: Een tegenconclusie voor de rechtsontwikkeling', *TO* 2018/3, p. 109-121.

Wolswinkel, SEW 2018/7-8

C.J. Wolswinkel, 'Concurrerende verdelingsregimes? Schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na Vlaardingen en Appingedam', *SEW* 2018/7-8, p. 300.

Jurisprudentie

Hof van justitie

- HvJ EG 15 juli 1964, nr. C 6-64, ECLI:EU:C:1964:66 (Costa/E.N.E.L).
- HvJ EG 5 oktober 1977, zaak 5/77, ECLI:EU:C:1978:221 (Tedeschi/Denkavit).
- HvJ EG 9 maart 1978, C 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (Simmenthal).
- HvJ EG 19 januari 1982, nr. C 8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (Becker).
- HvJ EU 7 december 2000, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 (Telaustria).
- HvJ EG 20 februari 2001, C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107 (Analir e.a.).
- HvJ EG 27 november 2001, C-285/99 en C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640 (Lombardini en Mantovani).
- HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00, ECLI:EU:C:2002:379 (Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH/Stadt Wien).
- HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236 (Socchi di Frutta).
- HvJ EG 24 november 2005, C-331/04, ECLI:EU:C:2005:718 (ATI EAC).
- HvJ EG 23 maart 2006, C-323/03, ECLI:EU:C:2006:159 (Commissie/Spanje).
- HvJ EU 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (Hartlauer).
- HvJ EU 13 april 2010, C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182 (Wall AG).
- HvJ EU 1 juni 2010, C-570/07 en C-571/07, ECLI:EU:C:2010:300 (Blanco Pérez).
- HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (Betfair).
- HvJ EU 8 september 2010, C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506, (Engelmann).
- HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (Trijber en Harmsen).
- HvJ EU 14 juli 2016, C-458/14 en C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558 (Promoimpresa).
- HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (Ullens de Schooten).
- HvJ EU 30 januari 2018, nr. C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44, AB 2018/181, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (Appingedam).

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

- ABRvS 15 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2654.
- ABRvS 26 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6078.
- ABRvS 24 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4872.
- ABRvS 29 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO9160, AB 2011/40, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.
- ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1352, AB 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier en B.W.N. de Waard.
- ABRvS 9 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3752, Gst. 2012/32, m.nt. J.M.H.F. Teunissen.
- ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3248, M en R 2012/57, m.nt. Hillegers.
- ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3938, AB 2012/289, m.nt. L.J.A. Damen.
- ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel (kramenzetters Albert Cuypmarkt).
- ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429.

- ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192, Gst 2013/127, m.nt. J.W. van Zundert.
- ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3665.
- ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (Speelautomatenhal Vlaardingen).
- ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3130, AB 2017/295, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- ABRvS 8 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:117, BR 2017/54, m.nt. M.A.J. West en J.R.E. Stolk.
- ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1028.
- ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300, m.nt. C.J. Wolswinkel (Standplaats Doorn).
- ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2332 (Havenbedrijf).
- ABRvS 13 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2453, AB 2017/319, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.
- ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, AB 2017/389, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:602, AB 2018/293, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, Gst. 2020/18, m.nt. A. Drahmman.
- ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (Windpark Zeewolde).
- ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, AB 2019/496, m.nt. C.J. Wolswinkel (Ligplaats Amsterdam).
- ABRvS 4 december 2019, ECLI: NL:RVS:2019:4101 (Bestemmingsplan en Dienstenrichtlijn Duiven).
- ABRvS 15 april 2020, ECLI: NL:RVS:2020:1075 (Bestemmingsplan Winkeldiversiteit Centrum Amsterdam).

College van Beroep voor het bedrijfsleven

- CBb 31 mei 1985, ECLI:NL:CBB:1985:AM8464, m.nt. J.H. van Kreveld.
- CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, AB 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel (speelautomatenhal Den Haag).
- CBb 30 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BN5532, AB 2010/265, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125 (Albert Heijn).
- CBb 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel (Speelautomatenhal Zwolle).
- CBb 12 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0420, AB 2012/147, m.nt. C.J. Wolswinkel (zondagavondwinkel Heiloo).
- CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, Gst. 2012/96, m.nt. W.P. Adriaanse (zondagavondwinkel Wassenaar).
- CBb 25 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:55, AB 2015/307, m.nt. C.J. Wolswinkel.

